Die Wirkungen des Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
genehmigt
von der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

von

ERNST LEVI
aus Weißenfels

513

1933

Referenten:
Herr Professor Dr. Martin Wolff
Herr Professor Dr. Fritz Schulz

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Tag der Promotion: 23. Juni 1933

Inhalt

Einleitung 1

Erster Teil.

Wirkt der gegen eine Hypothek eingetragene Widerspruch auch zu Gunsten nachstehender Hypothekengläubiger? . . . 2

I. Abgrenzung des Untersuchungsgebiets 2

1. Widersprüche, die hierher gehören 2

2. Widersprüche, die nicht hierher gehören 3

II. Ausgangspunkt: der Gesetzeswortlaut (Absolute Wirkung) . . 5

III. Die Eintragungsformel als Indiz einer relativen Wirkung? . 6

IV. Unterscheidung der relativen Wirkung von der Verknüpfung des Widerspruchs mit dem zu sichernden Recht 7

V. Kritik der relativen Auffassung durch Entwicklung ihrer rechtlichen Konsequenzen 8

1. Relativität als Uebergangszustand 9

a) wie bei der Vormerkung 9

b) nicht möglich beim Widerspruch 10

2. Relativität als endgültiger Rechtszustand: 11

a) Relativer Rang 11

b) Relativ unwirksame Hypothek konstruierbar 12

c) aber als Rechtsgebilde abzulehnen 13

VI. Begründung der absoluten Wirkung aus dem Prinzip des öffentlichen Glaubens 15

1. Die Stellung der nachstehenden Berechtigten 16

2. Die Stellung des Erwerbers 16

Zweiter Teil.

Erstreckt sich ein gegen den (Buch-) Eigentümer gerichteter Widerspruch auf die von ihm bestellte Hypothek? 18

I. Die Frage des Ranges 18

II. Die Möglichkeit eines redlichen Zwischenerwerbs 19

III. Die rechtlichen Folgerungen aus der Entscheidung 21

Dritter Teil.

Hat die Löschung des gegen eine Hypothek eingetragenen Widerspruchs rückwirkende Kraft? 26

I. Zusammenhang mit dem Problem des Ersten Teils 26

II. Der eingetragene Widerspruch als tatsächliches und als rechtliches Gebilde 27

III. Die Frage der Rückwirkung der Löschung im allgemeinen . . 29

IV. Insbesondere bei Aufhebung der einstweiligen Verfügung . . 32

1. Die Löschung als bloße Berichtigung 33

2. Wirkt die Aufhebung der einstweiligen Verfügung zurück? . 35

a) Allgemeine Grundsätze 35

b) Argument aus § 945 ZPO? 37

c) Argument aus § 868 ZPO! 38

3. Einrede aus § 945 ZPO? 41

Schrifttum 42

Einleitung

Die Wirkungen des Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs sollen in dieser Arbeit nicht in voller Breite zur Darstellung gelangen. Die nachfolgende Untersuchung wird sich darauf beschränken, einigen der Hauptprobleme, die in diesem Rechtsgebiete aufgetaucht sind, genauer nachzugehen. Durch solche gegenständliche Beschränkung dürfte es am ehesten möglich sein, zu den Zusammenhängen vorzudringen, die das Sachen-, Grundbuch- und Zivilprozeßrecht eng miteinander verbinden.

Erster Teil.

Hat der gegen ein beschränktes dingliches Recht eingetragene Widerspruch die Wirkung, daß sich auch gleich- oder nachstehende Berechtigte auf ihn berufen können? Oder müssen diese, um gegen einen gutgläubigen Erwerb des betroffenen Rechts geschützt zu werden, selbst einen Widerspruch für sich eintragen lassen?

I. 1. H ist im Grundbuche als Hypothekengläubiger eingetragen. Die Hypothek besteht nicht.[1]) Aus diesem Grunde ist gegen die Eintragung der Hypothek ein Widerspruch zugunsten des Grundeigentümers E eingetragen. H überträgt die Hypothek an den redlichen H_1. Kann sich der nachstehende Hypothekengläubiger H_2 auf den Widerspruch berufen, um darzulegen, daß H_1 kein Recht nach § 892 I 1 erworben habe?

Außer diesem einfachen Paradigma gibt es für die zu untersuchende Frage noch andere Beispiele.

So braucht es sich nicht gerade um einen Widerspruch des Eigentümers zu handeln; die Eintragung des Widerspruches gegen die Hypothek des H kann ebensowohl etwa zugunsten eines nachstehenden Nießbrauchers, Reallastberechtigten, Hypothekengläubigers erfolgt sein. Ist z. B. ein Widerspruch zugunsten des H_2 eingetragen, so entsteht die Frage, ob sich auch der nachstehende Hypothekengläubiger H_3 darauf berufen kann. Und umgekehrt: kann sich H_2 auf einen Widerspruch berufen, der gegen die Hypothek des H zugunsten des H_3 eingetragen ist?

Diese Fragen fußen auf der Voraussetzung, daß für jeden Nachmann ein Widerspruch gegen das Bestehen der Hypothek des H eingetragen werden kann. In der Tat kann jeder Berechtigte, der durch die Eintragung einer nicht bestehenden Grundstücksbelastung in seinem Range beeinträchtigt wird, gemäß § 894 die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen und gemäß § 899 I einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eintragen lassen. Aber genau genommen wird ein beschränktes dingliches Recht doch immer nur durch den Vorrang der zu Unrecht eingetragenen Belastung beeinträchtigt; ob die eingetragene Hypothek besteht oder nicht, kann dem Nachmann gleichgültig sein, wenn sie nur seinem Rechte im Range nachsteht. Man könnte deswegen der Meinung sein, daß ein nachstehender Berechtigter von H nicht die Zustimmung zur

[1]) Auch nicht als Eigentümerpost. Ueber diesen (nicht hierher gehörigen) Fall s. u. I. 2. (S. 4).

Löschung seiner nicht bestehenden Hypothek verlangen könne, sondern nur zur Eintragung eines Vermerks, daß die Hypothek dem Rechte des Nacheingetragenen im Range nachstehe. Allein ein solcher Eintrag entspräche nicht der „wirklichen Rechtslage" (§ 894), die Eintragung wäre keine „Berichtigung des Grundbuchs". Aus Wortlaut und Sinn des § 894 (wie des sachlich entsprechenden § 22 GBO.) ergibt sich, daß es nicht das Ziel dieser Rechtsbehelfe sein kann, eine Unrichtigkeit des Grundbuchs durch eine andere zu ersetzen. Der Anspruch aus § 894 hat zwar eine Beeinträchtigung des dinglichen Rechts zur Voraussetzung; aber das Ziel des Anspruchs ist nicht notwendig genau auf die „Beseitigung der Beeinträchtigung" (vgl. § 1004 I 1) begrenzt. So geht denn auch die allgemeine Meinung[2]) dahin, daß jeder durch eine nichtbestehende Grundstücksbelastung beeinträchtigte Nachmann nach § 894 geradeswegs die Zustimmung zur Löschung verlangen kann; und dem entspricht gemäß § 899 I die Eintragung eines Widerspruchs, der sich darauf gründet, daß die Belastung nicht besteht.[3])

Für die folgende Untersuchung ergibt sich damit die Frage, ob sich ein nachstehender Hypothekengläubiger auch auf einen Widerspruch berufen kann, den ein anderer Nachmann gegen das Bestehen der Hypothek des H hat eintragen lassen. Es wird sich zeigen, daß hier zum Teil andere Ueberlegungen eingreifen als bei dem Widerspruch, der zugunsten des Eigentümers eingetragen ist. —

Endlich kann es sein, daß die Hypothek des H wohl besteht, aber ihr Inhalt oder ihr Rang unrichtig eingetragen ist; der sich hierauf gründende Widerspruch kann wieder zugunsten des Eigentümers oder eines nachstehenden dinglich Berechtigten eingetragen sein. Für die zur Untersuchung gestellte Frage liefern diese Fälle zwar weitere Beispiele; sie gehen aber in ihrem rechtlichen Gehalt nicht über die bisherigen Beispiele hinaus.[4])

2. Nachdem durch eine Reihe typischer Beispiele das Gebiet der Untersuchung deutlich gemacht worden ist, ist es noch negativ von

---

[2]) Vgl. Rosenberg § 894 Erl. III 2 a β (S. 450) und die dort Angeführten; Planck-Strecker § 894 Erl. III 1 b α S. 297 unten; wohl auch Wolff § 46 zu Anm. 9 (S. 136); RG. JW. 1908 S. 275 Nr. 11 (S. 276); RGZ. 73, 52; KG. JFG. 5, 354.

[3]) Vgl. KG. JFG. 5, 352 ff.

[4]) Ist gegen den Rang der Hypothek des H ein Widerspruch zugunsten eines Nachmannes eingetragen, so kann die Frage, ob sich ein anderer Hypothekar darauf berufen kann, nur auftauchen, wenn der Widerspruch auch den Vorrang dieses Hypothekars ersichtlich macht. Dann liegt die Frage aber rechtlich nicht anders als bei dem Nichtbestehen der Hypothek des H (s. o. S. 2 f.); denn ob dem nachstehenden Hypothekengläubiger gegenüber die Hypothek des H nicht besteht, oder im Range nachfolgt, macht keinen Unterschied.

einigen Fällen abzugrenzen, in denen die gestellte Frage nicht auftauchen kann. Das sind die Fälle, in denen die unrichtige Eintragung, gegen die der Widerspruch sich wendet, den Rang der nachstehenden Hypothekengläubiger nicht beeinträchtigt.

So ist es, wenn die hypothekarische Belastung besteht und nur einem anderen als dem eingetragenen Gläubiger zusteht. Die nachstehenden Hypothekengläubiger können weder einen Widerspruch für sich eintragen lassen, noch kommen sie in die Lage, sich auf den eingetragenen Widerspruch des wahren Gläubigers zu berufen, da ihre Rechtsstellung von einem gutgläubigen Erwerb der vorangehenden Hypothek nicht berührt wird.

Hierher[5]) gehört insbesondere auch der häufige Fall, daß die Post nach § 1163 dem Eigentümer zusteht, sei es als Grundschuld (§ 1177 I), sei es als Hypothek (§ 1177 II). Für die nachstehenden Hypothekengläubiger kann kein Widerspruch eingetragen werden, wie sie auch keinen Berichtigungsanspruch haben.[6]) Ganz gleichgültig ist es für sie freilich nicht, ob die vorangehende Post dem Eigentümer oder einem anderen Gläubiger zusteht; denn gemäß § 1197 (der nach § 1177 I und II anwendbar ist), hat der Eigentümer geringere Rechte als andere Gläubiger. Aber dieses Interesse der Nachhypothekare muß außer Betracht bleiben, weil sie auf die dauernde Vereinigung von Hypothek und Eigentum in einer Hand kein Recht haben: sie können ja auch eine Veräußerung der Hypothek durch den Eigentümer selbst nicht hindern.

Nur in einem Falle könnte die Eintragung eines Widerspruches für H_2 in Betracht kommen: wenn er gegen E einen durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Aufhebung der Hypothek hat (§ 1179). Hier hat er ein Recht darauf, im Range aufzurücken; ein Recht, das zwar nur schuldrechtlicher Natur, aber gegen jede zuwiderlaufende Verfügung des E nach §§ 883 II, 888 geschützt ist. Soll H_2 schutzlos zusehen, wie sein Recht durch eine Verfügung des Nichtberechtigten H nach § 892 vereitelt wird?

Indessen H_2 ist nicht schutzlos. Die Vormerkung selbst ist stärker als der öffentliche Glaube des Grundbuchs. Sie schützt nach § 883 II gegen alle Verfügungen über die Post des E, mögen sie von diesem selbst oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder von dem einge-

---

[5]) Vgl. schon oben Anm. 1 (S. 2).

[6]) RGZ. 62, 171 (betr. Widerspruch gegen den Teilungsplan in der Zwangsversteigerung, bei ganz entsprechender Rechtslage); RGZ. 73, 52; Wolff § 46 Anm. 9.

tragenen H kraft des § 892 vorgenommen werden.[7]) Der redliche H_1 erwirbt zwar die Hypothek, muß aber auf Verlangen des H_2 die Zustimmung zur Löschung erteilen (§ 888). H_2 braucht sich somit nicht auf einen Widerspruch des E zu berufen; ein Widerspruch zu seinen Gunsten kann nicht eingetragen werden. —

Endlich kann sich ein Widerspruch auch darauf gründen, daß eine gegen die Hypothek bestehende Einrede nicht im Grundbuche eingetragen ist (§§ 1138, 1157 S. 2, 899). Auch hiervon wird die Rangstellung des H_2 nicht berührt. Die stärkste Wirkung, die eine Einrede gegen die Hypothek überhaupt erzeugen kann, ist nach § 1169 eine Verpflichtung zum Verzicht auf die Hypothek; durch den Verzicht aber geht die Hypothek nicht unter, sondern auf den Eigentümer über (§ 1168 I). Auch die Geltendmachung der Einrede im Verteilungsverfahren kann dementsprechend nur dazu führen, daß an Stelle des H der E aus dem Erlöse befriedigt wird; denn es kann nicht darauf ankommen, ob der Zuschlag in der Zwangsversteigerung vor oder nach dem Hypothekenverzicht erfolgt. „Die Inhaber nachstehender Rechte können in keinem Falle den Erlös für sich in Anspruch nehmen."[8]) H_2 hat daher an der Erhaltung der Einrede gegenüber den Gefahren des öffentlichen Glaubens kein Interesse. Er kommt nicht in die Lage, sich auf den gemäß § 1138 oder § 1157 S. 2 eingetragenen Widerspruch zu berufen, und kann einen solchen Widerspruch nicht für sich eintragen lassen. Die zu untersuchende Frage kann somit auch für den Widerspruch, der eine Einrede sichert, nicht auftauchen.

II. Nach § 892 I 1 gilt zugunsten des redlichen H_1, der von dem eingetragenen H eine Hypothek durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig, „es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist". Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird somit der öffentliche Glaube des Grundbuchs durch einen eingetragenen Widerspruch schlechthin ausgeschlossen, ohne daß dabei unterschieden würde, wer sich auf den Widerspruch beruft. Wie kommt man auf den Gedanken, eine solche Unterscheidung in das Gesetz hineinzutragen?

---

[7]) Ständige Rechtsprechung: RG. JW. 1908, 275 Nr. 11; Warn. 1911 Nr. 124 (S. 137 ff.); Nr. 193 (S. 210 f.), Nr. 379 (S. 425); 1912 Nr. 393 (S. 429); RGZ. 93, 114 ff. (118). Wolff § 146 Anm. 19 (S. 544); Rosenberg § 899 Erl. IV 1 d (S. 312); Planck-Strecker § 1179 Erl. 4 c; Komm. v. RGR. Busch § 1179 Erl. 7 (S. 643); Sekler S. 178.

[8]) RGZ. 78, 60 ff. (71) unter ausdrücklicher Aufgabe des in RGZ. 60, 251 ff. gewonnenen Ergebnisses, daß der Erlös u. U. für die Nachmänner frei werde. Ueber die verschiedenen Konstruktionen zu dem richtigen Ergebnis vgl. Wolff § 156 I 3 a (S. 595) und die daselbst (Anm. 7 und 9) Angeführten.

III. Ein Blick ins Grundbuch zeigt, daß jeder Widerspruch zugunsten einer bestimmten Person eingetragen wird.[9]) Schon die äußere Gestalt der Eintragungsformel erweckt so den Eindruck, als ob der Widerspruch nur zugunsten einer bestimmten Person wirke. Ja, die Eintragung eines Widerspruchs ist nur wirksam, wenn die Person und die Berechtigung desjenigen angegeben wird, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgt. Dieses Erfordernis hat das Kammergericht bereits in einem Beschluß vom 11. November 1901[10]) aufgestellt und seitdem in ständiger Rechtsprechung[11]) festgehalten. Jede Widerspruchseintragung, die es an der bestimmten Bezeichnung der begünstigten Person fehlen läßt, ist als inhaltlich unzulässig nach § 54 I 2 GBO. vom Amts wegen zu löschen.[12]) Diese Praxis scheint sich nicht anders erklären zu lassen als durch die Annahme, daß der Widerspruch, der nur zugunsten eines bestimmten Berechtigten eingetragen werden kann, auch nur zugunsten dieses Berechtigten wirke.

In Wahrheit ist eine andere Erklärung möglich. Die bestimmte Angabe des Berechtigten ist zunächst mit Rücksicht auf den von dem Widerspruche Betroffenen erforderlich.[13]) Dieser soll erfahren, wer zur Bewilligung der Löschung des Widerspruchs berechtigt ist, damit er die Abgabe dieser Erklärung, nötigenfalls im Wege der Klage, von seinem Gegner erreichen kann.

Zu dieser vom Kammergericht selbst hervorgehobenen Aufgabe der Eintragungsformel läßt sich noch eine weitere angeben. Die bestimmte Bezeichnung des Berechtigten ermöglicht es, bei der Löschung des Widerspruchs den § 40 GBO. anzuwenden.[14]) Dadurch wird dem Grundbuchrichter die Legitimationsprüfung erleichtert,[15]) und zugleich wird der Berechtigte davor geschützt, daß auf Grund der Bewilligung eines nicht Eingetragenen der Widerspruch zu Unrecht gelöscht wird.[16])

---

[9]) Vgl. auch das amtliche Grundbuchmuster Abt. II Nr. 4 (abgedr. z. B. bei Güthe-Triebel S. 2128). Weitere Beispiele bei Güthe-Triebel § 54 Erl. 23 (S. 1124).

[10]) KGJ. 23 A 133 ff.

[11]) KG. in OLGR. 8, 109, f.; ZBlFG. 7, 319 Nr. 277; KGJ. 45, 230 ff.; 45, 254 ff. (256); 47, 210 ff. (212); zustimmend Güthe-Triebel § 45 Erl. 23 (S. 1008); § 54 Erl. 23 (S. 1123); Rosenberg § 899 Erl. III, 2 d β (S. 484); Planck-Strecker § 899 Erl. 4 b Abs. 2 (S. 313).

[12]) S. die Nachweise in Anm. 11.

[13]) KG. OLGR. 8, 110; ZBlFG. 7, 319 Nr. 277.

[14]) Für die Anwendung des § 40 auf die Löschung eines Widerspruchs trotz des Wortlauts „betroffenes Recht": Güthe-Triebel § 25 Erl. 29 (S. 652); § 40 Erl. 6 (S. 945).

[15]) Vgl. Güthe-Triebel § 40 Erl. 3 b (S. 941).

[16]) Mag nun durch solche Löschung der Widerspruch untergehen oder

Danach erfüllt die Angabe des bestimmten Berechtigten allgemein die Aufgabe, die Widerspruchseintragung in das System unseres formellen Grundbuchrechts einzufügen und eben dadurch der Verwirklichung und Erhaltung der materiellen Rechte beider Beteiligten am besten zu dienen. In dieser Aufgabe findet die bestimmte Fassung der Eintragungsformel ihre zureichende Begründung; der Annahme einer relativen Wirkung des Widerspruchs bedarf es dazu nicht.

IV. Die Fassung der Eintragungsformel hat allerdings ihren materiellen Grund in der jedem Widerspruche wesentlichen Verknüpfung mit einem bestimmten zu sichernden Recht. Ohne dieses Recht ist der Widerspruch nicht individualisiert, und deshalb muß das gesicherte Recht auch in der Eintragungsformel bezeichnet werden.[17]) Diese Beziehung des Widerspruchs zu einem bestimmten Recht ist aber nicht gleichbedeutend mit einer Beschränkung seiner Wirkungen auf dieses Recht. Ihre Konsequenzen sehen bei äußerlicher Betrachtung zuweilen einer relativen Wirkung ähnlich, obgleich sie wesentlich davon verschieden sind. Sie müssen daher von der hier zur Behandlung stehenden Frage sorgfältig unterschieden werden, um nicht eine Quelle der Verwechslungen zu bilden.

Gründet sich etwa ein Widerspruch gegen die Eintragung des H darauf, daß die Hypothek dem X an Stelle des H zustehe, so hat der Widerspruch keine Wirkung, wenn X nicht der Berechtigte ist; und zwar ist der Widerspruch auch dann ohne Wirkung, wenn die Eintragung des H, gegen die er sich richtet, unrichtig und Y der wahre Hypothekengläubiger ist.[18]) Insofern läßt sich sagen; der zugunsten des X eingetragene Widerspruch wirkt nicht zugunsten des Y.

Die äußerlich entsprechende Lösung für das in dieser Arbeit behandelte Problem würde lauten: der zugunsten des E eingetragene Widerspruch wirkt nicht zugunsten des H_2. Aber die gleichlautende Formulierung trügt; das erweist sich sofort, wenn man die Begründung des obigen Satzes auf den hier zu untersuchenden Fall zu übertragen versucht. In dem ersten Beispiel sagt der Widerspruch

---

nur dem redlichen Erwerber gegenüber versagen. Vgl. über diese Streitfrage Wolff § 47 zu Anm. 12, § 48 Anm. 37 und die Uebersicht bei Planck-Strecker § 899 Erl. 7 S. 316. Auf jeden Fall ist das Recht des Widersprechenden durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gefährdet.

[17]) KGJ. 23 A 135: „Der Widerspruch dient dem Schutze eines bestimmten Rechts, d. h. dem Schutze eines bestimmten Berechtigten für seinen Anspruch"; ebenso KG. OLGR. 8, 109; vgl. auch KG. JFG. 2, 294.

[18]) Wolff § 48 III 1 (S. 140 f., Text hinter Anm. 8; S. 141 oben, Beispiel 2); Rosenberg § 899 Erl. IV 5 (S. 487); Schilde S. 80. Vgl. auch RGZ. 58, 365.

jedem Erwerber, daß das Gläubigerrecht an der Hypothek zwischen H und X streitig ist. Vergewissert sich demnach der Erwerber H_1, daß die Hypothek nicht dem X zusteht, so besteht kein Anlaß mehr für ihn, nachzuforschen, ob die Hypothek nicht etwa einem ungenannten Y zustehe; vielmehr kann H_1 auf die Richtigkeit des Grundbuches vertrauen. In dem hier zugrunde gelegten Fall dagegen würde H_1 den Widerspruch des E begründet finden; die Hypothek des H besteht nicht, und daraus folgt von selbst, daß auch das Recht des H_2 der Richtigkeit der Eintragung entgegensteht. Im ersten Falle ist vorausgesetzt, daß trotz der Unrichtigkeit des Grundbuchs der Widerspruch des X unbegründet ist: es liegt eine andere Unrichtigkeit vor. In dem hier behandelten Falle ist vorausgesetzt, daß der Widerspruch des E begründet ist: die eine Unrichtigkeit des Grundbuchs beeinträchtigt zugleich die Rechte des E und des H_2. Die Rechte des X und des Y schließen einander aus; die Rechte des E und des H_2 sind miteinander vereinbar. Die erste Entscheidung betrifft die Frage: Schützt ein Widerspruch, wenn das zu sichernde Recht des X nicht besteht, an dessen Stelle das bestehende Recht des Y? In der vorliegenden Untersuchung geht die Frage dahin: Wirkt ein Widerspruch, der das Recht des E schützt, damit zugleich zugunsten des H_2? Im ersten Falle fragt es sich also lediglich, ob der Widerspruch überhaupt eine Wirkung hat, im zweiten Falle, ob relative oder absolute. Beide Fragen haben nichts miteinander zu tun.[19])

V. Um die Frage, ob sich H_2 auf den Widerspruch des E berufen kann oder nicht, richtig zu beantworten, ist es notwendig, sich die Rechtslage klarzumachen, die bei der einen oder anderen Alternative entsteht.

Bei Bejahung der Frage[20]) ist die Rechtslage einfach: der öffent-

---

[19]) Häufig werden sie nicht genügend auseinandergehalten. So fragt Schilde S. 80, „ob die Wirkungen des Widerspruches absolut oder nur zugunsten dessen eintreten, für den er eingetragen worden ist. Das Letztere dürfte richtig sein". Aus der nachfolgenden Begründung ist aber zu ersehen, daß er nur an das Nichtbestehen des gesicherten Rechts denkt, also nur die erste Frage behandelt. Trotzdem wird er in den Kommentaren (Planck-Strecker § 899 Erl. 5 a, Rosenberg § 899 Erl. IV 1 a) wegen seiner oben wiedergegebenen Formulierung im Zusammenhang mit der zweiten Frage aufgeführt und überall als Anhänger der relativen Wirkung genannt.

Eine scharfe Scheidung der beiden Fragen bei Wolff § 148 III 1 (S. 140: Text vor Anm. 8 — Text hinter Anm. 8; S. 141: Beispiel 1 — Beispiel 2). Vgl. auch Rosenberg § 899 Erl. IV 1 a (S. 485) einerseits, Erl. IV 5 (S. 487) andererseits.

[20]) Wolff § 47 III 1 (S. 140 vor Anm. 8); Rosenberg § 899 Erl. IV 1 a (S. 485); Planck-Strecker § 899 Erl. 5 a (S. 313 f.); Staudinger-Kober § 899 Erl. III 1 c; Goldmann-Lilienthal § 45 Anm. 80 (S. 328); Sekler S. 295.

liche Glaube des Grundbuchs ist durch den Widerspruch ausgeschlossen, H_1 hat von dem Nichtberechtigten H kein Recht erworben, und sowohl E wie H_2 kann von H_1 die Zustimmung zur Löschung der unrichtigen Eintragung verlangen.

Folgt man dagegen der Ansicht, daß H_2 sich nicht auf den Widerspruch des E berufen könne,[21]) so gerät man in erhebliche Schwierigkeiten. Es soll hier versucht werden, diese Ansicht in ihre rechtlichen Konsequenzen zu verfolgen, um die entstehende Rechtslage auf ihre Haltbarkeit zu prüfen.

1. Es sei also angenommen, daß sich H_2 nicht auf den Widerspruch des E berufen kann. Nicht H_2, sondern nur E kann von H_1 die Zustimmung zur Löschung verlangen. Ist aber mit der erfolgten Löschung die Hypothek des H_1 völlig beseitigt, oder kann sie auch außerhalb des Grundbuchs[22]) noch gegen H_2 geltend gemacht werden?

a) Entscheidet man sich für die erste dieser beiden Möglichkeiten, so ist die Lage des H_2 von dem Verhalten des E abhängig. Macht E den Widerspruch nicht geltend, so muß sich H_2 den Vorrang des H_1 gefallen lassen; erwirkt aber E die Löschung des H_1, so kommt das auch dem H_2 zugute.

Die Frage wäre sicher in diesem Sinne zu entscheiden, wenn man annehmen dürfte, daß H_1 von vornherein keine Hypothek — auch nicht dem H_2 gegenüber — erworben hat und dem H_2, der keinen Widerspruch für sich hatte eintragen lassen, nur der Berichtigungsanspruch versagt war. Aber der Berichtigungsanspruch fließt nicht aus dem Widerspruche, sondern ergibt sich aus der wirklichen Rechtslage. Daß ein Nachhypothekar die Löschung einer nichtigen Hypothek nicht verlangen könnte, wäre mit § 894 unvereinbar.

Demgemäß muß man annehmen, daß H_1 im Verhältnis zu H_2 (und allen anderen außer E) zunächst eine Hypothek erworben hat. Hält man trotzdem daran fest, daß diese Hypothek mit der Löschung völlig beseitigt ist, so hat die Löschung für H_2, wenn auch nicht für E, rechtsändernde Bedeutung. Sie macht die relativ unwirksame Hypothek des H_1 absolut unwirksam.

Eine ähnliche Rechtslage hat das Gesetz in den §§ 883, 888 bei der Vormerkung vorgesehen, und es läßt sich ein dem vor-

---

[21]) Komm. v. RGR. Busch § 899 Erl. 1; Dernburg § 51 III a. E. (S. 186); Fuchs § 899 Erl. 3 b, vgl. aber § 883 Erl. 7 S. 112; Kretzschmar § 899 Erl. IV; Oberneck § 51 Nr. 3 h (Bd. I S. 471); Turnau-Förster § 899 Erl. I 3; über Schilde S. 80 s. o. Anm. 19.

[22]) Insbesondere im Zwangsversteigerungsverfahren bei der Erlösverteilung, für die nur die Anmeldung, nicht die Eintragung des Rechts erforderlich ist (§ 114 I 1 ZVG). Ueber die relative Verteilung selbst s. u. S. 13.

liegenden Fall paralleles Beispiel leicht konstruieren.[23]) Dem Widerspruche des E gegen die Eintragung des H entspricht eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs des E gegen H auf Aufhebung der Hypothek. Die Abtretung der Hypothek an H_1 ist dem E gegenüber nach 883 II unwirksam, E kann von H die Aufgabeerklärung und von H_1 gemäß § 888 die Zustimmung zur Löschung verlangen. H_2 dagegen kann von H_1 nichts verlangen. Sobald aber E die Löschung der Hypothek herbeigeführt hat, kann sich auch H_2 auf ihr Nichtbestehen berufen; mit der Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs verwandelt sich die relative Unwirksamkeit in eine absolute.[24])

b) Ist nun auch eine solche Rechtslage dem Gesetz nicht unbekannt, so läßt sie sich doch beim Widerspruch nicht begründen. Der Anspruch aus § 888, der die relative Unwirksamkeit zu einer absoluten macht, ist eben darum „mehr als Berichtigungsanspruch. Er zielt darauf ab, das Recht des Erwerbers, auch soweit es wirksam war, seiner Wirksamkeit zu entkleiden."[25])

Der Anspruch aus § 894 dagegen, der in dem hier erörterten Fall dem E zur Verfügung steht, hat eine derartige Tragweite nicht. Er zielt lediglich auf Berichtigung des Grundbuchs, soweit es mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht. Woher soll dieser Anspruch die Kraft nehmen, eine relative Unwirksamkeit in eine absolute zu verwandeln? Wie kann ein Anspruch aus § 894 mehr als Berichtigungsanspruch sein?

Um die Annahme, daß die Hypothek des H_1 mit ihrer Löschung völlig wegfalle, zu begründen, müßte man schon zu einer analogen Anwendung des § 888 seine Zuflucht nehmen.[26]) Diese Analogie ist m. E. abzulehnen.

---

[23]) Die Parallele zur Vormerkung dient bei Dernburg § 51 III a. E. und Fuchs § 899 Erl. 3 b zur Begründung der relativen Wirkung des Widerspruchs. Aehnlich auch Kretzschmar § 899 Erl. IV und Turnau-Förster § 899 Erl. I 3, die von einer Verfügungsbeschränkung reden.

[24]) Vgl. Wolff § 48 III 1 S. 146 a. E. („. . . um den relativ unwirksamen Nießbrauch voll unwirksam zu machen . . ."); Rosenberg § 883 Erl. IV 1 e γ (S. 313), IV 1 f. a. E. („. . . und diese Rechtslage kann von jedem geltend gemacht werden"). (S. 315). Rosenberg weicht nur darin von der herrschenden Lehre ab, daß er umgekehrt vor der Löschung volle Wirksamkeit annimmt (S. 312).

[25]) Wolff § 48 III 1 S. 146 a. E. Damit hängt es zusammen, daß zur Beseitigung der vormerkungswidrigen Eintragungen die Rechtsbehelfe aus § 894 BGB., § 22 GBO. nicht gegeben sind. Vgl. RGZ. 132, 419 ff. (424); KG. JFG. 5, 324 ff. und die Uebersicht bei Planck-Strecker § 888 Erl. 2 g S. 247.

[26]) Diejenigen, die in dem Widerspruche eine Verfügungsbeschränkung erblicken (insbes. Kretzschmar § 899 Erl. IV, vgl. oben Anm. 23) würden sogar zu einer unmittelbaren Anwendung des § 888 II gelangen.

Die Vormerkung sichert die Erfüllbarkeit eines obligatorischen Anspruchs, der auf Rechtsänderung gerichtet ist. Die absolut geänderte Rechtslage ist der Endzustand, dessen Eintritt die Vormerkung vorbereitet und ermöglicht. Die relative Unwirksamkeit, die vorausgeht, ist nur ein Durchgangsstadium, ein unfertiger Rechtszustand, nicht stabil. Sie schlägt deshalb in eine absolute um, sobald der vorgemerkte Anspruch seine Erfüllung findet. Der Ueberschuß, den der Anspruch aus § 888 über seine berichtigende Natur hinaus enthält,[27]) ist der letzte Beitrag zu jener Rechtsänderung, die durch die Vormerkung gesichert werden soll.

Der Widerspruch dagegen sichert nicht einen Anspruch auf Rechtsänderung, sondern er sichert ein bestehendes dingliches Recht gegen Beeinträchtigungen. Während die Vormerkung ihre endgültige Wirkung erst in der Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs entfaltet, treten die Wirkungen des Widerspruchs schon vor der Berichtigung endgültig ein: der gutgläubige Erwerb wird verhindert, das gesicherte Recht erhalten. Ob eine Berichtigung des Grundbuchs nachfolgt oder nicht, ist gleichgültig; sie ändert an der Rechtslage nichts, sie ist nicht konstitutiv. Darum ist hier für einen Uebergangszustand, wie er bei der Vormerkung bis zur Verwirklichung des Anspruchs aus § 888 besteht, kein Raum. Ist der Rechtserwerb des redlichen H_1 nicht von vornherein absolut unwirksam — und wir wollen ja zunächst eine relative Wirkung annehmen —, so kann er es auch durch die nachfolgende Löschung nicht werden. Wenn überhaupt beim Widerspruche eine relative Unwirksamkeit eintritt, so kann es jedenfalls nicht eine solche sein, die nur dazu bestimmt ist, eine absolute Unwirksamkeit vorzubereiten und in sie überzugehen. Es müßte also eine relative Unwirksamkeit anderer Art sein, als sie das Gesetz bei der Vormerkung anordnet. Welche Rechtsfolgen sich ergeben würden und ob eine Relativität als endgültiger Rechtszustand danach überhaupt möglich erscheint, soll im folgenden geprüft werden.

2. a) Es sei also weiterhin angenommen, daß sich der nachstehende Hypothekengläubiger H_2 nicht auf den Widerspruch berufen kann, und es sei nach den bisherigen Ergebnissen hinzugefügt, daß es dem H_2 auch nicht zugute kommt, wenn der Widerspruch von dem Berechtigten selbst geltend gemacht wird. Die so entstehende Rechtslage läßt sich am leichtesten übersehen, wenn man von dem Falle ausgeht, daß der Widerspruch nicht zugunsten des Eigentümers, sondern zugunsten eines beschränkt dinglich Berechtigten eingetragen ist.[28])

---

[27]) Wolff § 48 III 1 (s. oben S. 10 zu Anm. 25).
[28]) S. oben I 1 S. 2 f.

Ist etwa zugunsten des H_3 ein Widerspruch gegen das Bestehen der Hypothek des H eingetragen und überträgt H die Hypothek an den redlichen H_1, so kann H_1 die Hypothek zwar nicht zum Schaden des H_3 geltend machen, wohl aber nach der oben vorläufig gemachten Annahme zum Schaden des H_2. Das bedeutet nichts anderes, als daß H_1 eine Hypothek erwirbt, die dem H_2 vorgeht, aber dem nachstehenden H_3 nachsteht: ein relatives Rangverhältnis[29]) tritt ein.

Der relative Rang ist dem Gesetze wohlbekannt (vgl. § 881 IV) und kann gerade auch durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs leicht entstehen. Häufig ist folgender Fall:

Die bestehende Hypothek eines H_1 ist im Grundbuche zu Unrecht gelöscht, nur der nachstehende Hypothekengläubiger H_2 ist eingetragen. Erwirbt ein redlicher H_3 durch Rechtsgeschäft eine Hypothek an dem Grundstücke, so gilt nach § 892 I 1 zu seinen Gunsten der Inhalt des Grundbuchs als richtig, nicht aber zugunsten des H_2. Die Hypothek des H_1 bleibt dem H_2 gegenüber bestehen, kann aber nicht zum Schaden des dem H_2 nachstehenden H_3 geltend gemacht werden: es entsteht ein relativer Rang.[30])

Das Beispiel ist so gewählt worden, daß das zwischen H_1, H_2, H_3 entstehende relative Rangverhältnis mit unserem Falle völlig übereinstimmt.[31]) Damit tritt deutlich zutage, daß die Annahme einer relativen Wirkung des Widerspruchs zu einem Ergebnis führt, das zwar wegen seiner eigenartigen Folgen für die Erlösverteilung[32]) alles andere als erwünscht, jedoch in vielen Fällen unvermeidlich ist[33]) und jedenfalls rechtlich sehr wohl möglich erscheint. Es fragt sich, ob dasselbe auch gilt, wenn der Widerspruch nicht zugunsten eines nachstehenden Realberechtigten, sondern zugunsten des Eigentümers eingetragen ist.

b) Ist gegen das Bestehen einer Hypothek des H ein Widerspruch zugunsten des E eingetragen, so ist der Erwerb des redlichen H_1 dem E gegenüber unwirksam, aber — nach der hier versuchsweise zugrunde gelegten Annahme — dem H_2 gegenüber wirksam. Ist eine Hypothek, die nur im Verhältnis zu den Nachmännern besteht, rechtlich möglich?

---

[29]) Vgl. über diesen Begriff Wolff § 41 VII S. 120.

[30]) Allgemeine Meinung. Vgl. Wolff § 41 IV 2 (S. 119); Planck-Strecker § 892 Erl. III 5 (S. 285); Rosenberg § 892 Erl. III 3 (S. 429); Heck § 43 IV 2 b (S. 179 f.)

[31]) Wie ein Vergleich mit dem ersten Absatz zeigt.

[32]) Ueber die Erlösverteilung vgl. statt aller die Beispiele bei Wolff § 41 IV 2 (S. 119). S. auch unten S. 13.

[33]) Insbesondere im Aufwertungsrecht. Vgl. dazu unten S. 14.

Undenkbar erscheint ein solches Rechtsgebilde nicht. Der „Hypothekar" H_1 hat allerdings keine Hypothekenklage. Er kann nicht selbst die Zwangsversteigerung des Grundstückes betreiben usw. Aber wenn ein anderer Gläubiger, z. B. H_2, die Zwangsversteigerung betreibt, so kann sich H_1 — soweit nicht E dadurch beeinträchtigt wird — vor H_2 aus dem Erlös befriedigen.

Betragen z. B. die Hypotheken des H_1 und des H_2 je 10 000 RM. und der Erlös 20 000 RM., so entfallen jedenfalls auf E 10 000, weil ihm gegenüber die Hypothek des H_1 nicht besteht; die restlichen 10 000 erhält H_2, weil er ebensoviel bekommen hätte, wenn die Hypothek des H absolut wirksam wäre. Beträgt aber der Erlös nur 10 000 RM., so entfällt er ganz auf H_1; E erhält nichts, weil auch bei absoluter Unwirksamkeit der ersten Hypothek nichts für ihn übriggeblieben wäre; H_2 erhält nichts, weil er bei absoluter Wirksamkeit der ersten Hypothek auch nicht zum Zuge gelangt wäre. Das Ergebnis ist also, daß die relativ unwirksame Hypothek des H_1 unter Umständen als einzige befriedigt wird — wenn nämlich der Erlös gering ist; ist er höher, so ist die Lage des H_1 ungünstiger.[34])

Der Sinn einer solchen Erlösverteilung besteht darin, daß H_2, der keinen Widerspruch für sich hat eintragen lassen, nicht besser und nicht schlechter gestellt wird, als wenn überhaupt kein Widerspruch bei der Hypothek des H eingetragen gewesen wäre. Sie ist also die strenge Durchführung der Annahme, daß H_2 sich nicht auf den Widerspruch des E berufen könne.

c) Ist somit eine dem Eigentümer gegenüber unwirksame, den Nachmännern gegenüber wirksame Hypothek auch als dauerndes Rechtsgebilde[35]) nicht geradezu undenkbar, so hat sie doch im geltenden Rechte keinen Platz; denn sie entspricht nicht dem Sinne des Gesetzes.

Das zeigt sich in einem häufig vorkommenden Fall, der dem oben[36]) für den relativen Rang herangezogenen Beispiele entspricht.

---

[34]) Es liegt ähnlich wie beim relativen Rang: Vgl. Wolff § 41 IV 2 (S. 119) Text hinter Anm. 17.

[35]) Zum Unterschiede von der relativ unwirksamen Hypothek im gewöhnlichen Sinne, die absolut unwirksam zu werden bestimmt ist. Relativ unwirksame Hypotheken dieser Art kommen bei der Vormerkung häufig vor. Daß sie nicht hierher gehören (s. vielmehr oben 1 a S. 9 f.), zeigt sich bei der Erlösverteilung sehr deutlich. Wird die Vormerkung geltend gemacht, so ist der Erlös auf den Zwischenberechtigten H_2 und den Vormerkungsberechtigten H_3 (E) nach Maßgabe ihrer Rangverhältnisse zu verteilen. RGZ. 125, 136 f.

Die Unwirksamkeit der Hypothek des H_1 kommt also — ganz anders als bei der Erlösverteilung oben unter b — auch dem H_2 zugute, womit die Relativität durchbrochen ist. Vgl. allerdings auch RGZ. 127, 286.

[36]) S. 12.

Ist die bestehende Hypothek des H_1 im Grundbuche zu Unrecht gelöscht und wird nun das Grundstück an einen redlichen Erwerber veräußert (der jetzt E heißen soll), so erwirbt E das Grundstück frei von der Hypothek des H_1. Da aber das Grundbuch nach § 892 I 1 nur zugunsten des Erwerbers, nicht auch zugunsten anderer als richtig gilt, so sollte man annehmen, daß die Hypothek des H_1 dem nachstehenden Hypothekengläubiger H_2 gegenüber bestehen geblieben sei — eine relative Hypothek wie in dem hier behandelten Falle!

Die herrschende Meinung[37]) geht jedoch dahin, daß die Hypothek in solchem Falle schlechthin erlischt.

Fälle dieser Art sind in letzter Zeit im Aufwertungsrecht praktisch geworden. Nach § 20 I des Aufwertungsgesetzes vom 16. Juli 1925 ist die Wiedereintragung gelöschter Hypotheken, die nach § 14 oder § 15 der Aufwertung unterliegen, an der bisherigen Rangstelle nicht mehr statthaft, wenn „die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs entgegenstehen". Hier wird stets unterschieden, ob unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht erworben worden ist. Im letzteren Falle kommt die Rangverschlechterung der aufgewerteten Hypothek einer Zwischenhypothek nicht zugute, so daß ein relatives Rangverhältnis entsteht. Im Falle des Eigentumserwerbs dagegen bleibt die aufzuwertende Hypothek absolut erloschen, auch den nachstehenden Berechtigten gegenüber, die ihr Recht nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens erworben haben.[38]) Das absolute Erlöschen zeigt sich z. B. darin, daß die gelöschte Hypothek auch bei einer Zustimmung des E nicht wieder mit ihrem alten Range eingetragen werden kann.[39])

Wie ist diese Unterscheidung zu rechtfertigen? Nach dem Wortlaute des § 892 I 1 kommt der öffentliche Glaube des Grundbuchs nur dem Erwerber zugute, ohne daß dabei unterschieden würde, ob das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht erworben wird. H_2 soll keinen Vorteil davon haben, daß der Erwerber auf die Löschung des H_1 vertraut. Handelt es sich um einen Hypothekenerwerb, so sorgt der relative Rang dafür, daß der Schutz des H_3 nicht

---

[37]) Planck-Strecker § 892 Erl. III 5 (S. 285); Komm. v. RGR. Busch § 892 Erl. II (S. 129); wohl auch Wolff § 45 vor Anm. 24 (S. 133). *a. M.*: KGJ. 31 A. 271 ff.; Rosenberg § 892 Erl. III 3 (S. 429 f.) Oberneck I S. 420 (§ 47, 5 f.); Schilde S. 63 f.

[38]) KG. JW. 1926 S. 264 Nr. 5; Karlsruhe in Aufw.Rspr. 2 S. 25 ff. (Nr. 12); Wolff § 153 b, Text vor Anm. 28 (S. 587); Mügel § 20 Erl. 12 (S. 757); Harmening bei Jaeckel-Güthe Anh. 4, S. 995 (III); Quassowski § 20 Erl. II D 1 (S. 298); Nadler 2 c S. 53 Anm. 3; eingehend Neukirch § 20 Erl. 6. Nr. 1 (S. 298).

[39]) Karlsruhe in Aufw.Rspr. 2 S. 25 ff. (Nr. 12).

auch dem H_2 zugute kommt. Warum rückt H_2 auf, wenn ein neuer Eigentümer das Grundstück erwirbt?

Schon der relative Rang ist eine Figur, die zu den größten Mißhelligkeiten führt. Man kann ihn nur nicht vermeiden; denn es wäre ungerecht, die gelöschte Hypothek des H_1, die mit dem Range vor H_2 bis H_6 eine gesicherte Stelle einnahm, an die letzte, aussichtslose Stelle treten zu lassen, bloß, weil inzwischen für H_7 eine kleine Hypothek bestellt worden ist, die unter dem Vorrange des H_1 nicht leiden soll. So wäre es vielleicht auch für die Beteiligten gerecht, die Hypothek des H_1, die dem E gegenüber erloschen ist, dem H_2 gegenüber aufrecht zu erhalten. Aber diese auf die Spitze getriebene Rechtsverteilung würde zu so verwickelten sachenrechtlichen Verhältnissen führen, daß ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit an der Klarheit, Uebersichtlichkeit und Berechenbarkeit der Grundstücksbelastungen sich dem entgegenstellt.[40])

Ist demnach die Entstehung einer dem Eigentümer gegenüber unwirksamen Hypothek sogar in einem Falle zu verneinen, in dem das Gesetz grundsätzlich relative Wirkung anordnet (§ 892 I 1: „Zugunsten desjenigen . . ."), so folgt daraus ohne weiteres, daß ein derartiges Gebilde erst recht in dem hier untersuchten Falle abzulehnen ist. Da aber die Annahme, daß H_2 sich nicht auf den Widerspruch des E berufen könne, nach den bisherigen Darlegungen mit Notwendigkeit zu dieser Rechtsfigur führt, so kann an der Annahme selbst nicht festgehalten werden. Die Auffassung, daß sich nachstehende Hypothekengläubiger nicht auf den für den Eigentümer eingetragenen Widerspruch berufen können, ist somit an ihren eigenen Rechtsfolgen gescheitert.

VI. Ist der Widerspruch zugunsten des H_3 eingetragen, so führt die relative Auffassung zu einem relativen Rangverhältnis — wie im Falle der gelöschten Hypothek.[41]) Die Gründe aber, die dort die Entstehung eines relativen Ranges gerecht und unvermeidbar erscheinen ließen, treffen hier nicht zu. Dort dient der relative Rang dazu, eine außerhalb des Grundbuchs bestehende Hypothek in mög-

---

[40]) Nur nebenher mag auf den entsprechenden Fall im Fahrnisrecht hingewiesen werden, in dem die unterschiedliche Behandlung des Eigentumserwerbs und des Erwerbs beschränkter dinglicher Rechte sogar aus dem Gesetze herzuleiten ist. Kennt der Erwerber eines Pfandrechts P_3 nur das Pfandrecht des P_2, nicht aber das des P_1, so entsteht nach § 1208 Satz 1 ein relatives Rangverhältnis (Wolff § 172 I gegen Ende, S. 650). Kennt aber ein Eigentumserwerber nur das Pfandrecht des P_2 und nicht das des P_1, so erlischt das Recht des P_1 (§ 936 I 1): hier gibt das Gesetz selbst der absoluten Wirkung den Vorzug, unbekümmert darum, daß der nachstehende P_2 unverdientermaßen auf Kosten des P_1 aufrückt.

[41]) S. oben S. 12.

lichst hohem Maße zu erhalten, die rechtszerstörende Kraft des öffentlichen Glaubens möglichst einzudämmen. Hier dagegen bedeutet die relative Auffassung gerade umgekehrt eine Ausdehnung des Publizititätsprinzips. H_2 wird durch den redlichen Erwerber H_1 in seinem Range zurückgedrängt, sofern er nicht durch den Widerspruch des H_3 — oder des E — geschützt wird.

1. Ein solcher Schutz ist dem H_2 nicht schon deswegen zu versagen, weil er ihm jederzeit ohne seinen Willen wieder entzogen werden kann. Gewiß kann die Wirkung des fremden Widerspruchs zugunsten des H_2 nur eine Art Reflexwirkung sein. H_2 kann den ohne seine Tätigkeit ins Grundbuch gelangten Widerspruch nicht darin festhalten. Ja, wenn man annimmt, daß die Löschung des Widerspruchs rückwirkende Kraft habe, so muß sich H_2 auch die Beseitigung der bereits in der Vergangenheit eingetretenen Schutzwirkungen gefallen lassen.[42]) Er ist dann allerdings nur durch einen eigenen Widerspruch ausreichend geschützt. Aber die Unvollkommenheit des Schutzes ist doch kein Grund, dem H_2 die Berufung auf den eingetragenen Widerspruch überhaupt zu versagen.[43])

Die Rangstellung des H_2 ist auch nicht um deswillen weniger schutzwürdig, weil sie ihm leicht auf andere Weise entzogen werden kann. Gemäß § 879 II kann der eingetragene H_1 durch eine Einigung mit E jederzeit die Hypothek mit dem Range vor H_2 erwerben. Aber das muß sich H_2 auch gefallen lassen, wenn er einen Widerspruch für sich hat eintragen lassen. Es kann daher für die hier behandelte Frage nicht entscheidend sein.[44])

2. Um gegenüber allen für und wider sprechenden Argumenten zur richtigen Entscheidung zu gelangen, muß man sich darauf besinnen, daß in unserem Rechte noch immer als Grundsatz gilt: *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet.* Nur um das Vertrauen des Erwerbers auf die Richtigkeit des Grundbuchs zu schützen, wird zu seinen Gunsten eine Ausnahme gemacht, — sofern nicht ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist. Durch den Widerspruch wird H_1 gewarnt; er muß damit rechnen, daß die Warnung sich als begründet erweist. Damit entfällt sein schutzwürdiges Interesse an dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, und weiter als dieses Interesse darf das Publizitätsprinzip nicht reichen. Denn wodurch sollte ein Eingriff in das Recht des H_2 sich rechtfertigen, wenn nicht durch das zu schützende Interesse des Erwerbers H_1?

---

[42]) Die Frage kann erst unten im Dritten Teil der Arbeit ihre Beantwortung finden.

[43]) Wie Kretzschmar § 899 Erl. IV es will.

[44]) Gegen Kretzschmar § 899 Erl. IV.

Es ist kein durchschlagender Einwand, daß H_2, der keinen Widerspruch hat eintragen lassen, den Schutz, der ihm durch den Widerspruch des E oder H_3 zuteil wird, nicht v e r d i e n t habe. Daß H_2 seine wohlerworbenen Rechte nicht verliert, stellt keine besondere Vergünstigung für ihn dar, die er sich verdienen müßte; vielmehr wäre es umgekehrt eine besondere Begünstigung des H_1, wenn er den H_2 in seinem Range zurückdrängen könnte.

Man kann die zu entscheidende Alternative dahin fassen: Soll das Recht des H_2 gegenüber dem redlichen H_1 erhalten bleiben, obwohl H_2 sein Recht nicht durch einen Widerspruch gesichert hat? Oder soll H_1 das Recht erwerben, obwohl gegen seinen Rechtsurheber ein Widerspruch eingetragen war?

Die Frage der Schutzwürdigkeit ist nur auf der Seite des Erwerbers (H_1) aufzuwerfen; denn wenn keiner von beiden es „verdient" hat, so muß das Recht des H_2 e r h a l t e n bleiben.

Der Wortlaut des § 892 hat somit einen guten Sinn: der öffentliche Glaube, der in bestehende Rechte einbricht, wirkt nur „zugunsten des Erwerbers"; der begründete Widerspruch hingegen, der bestehende Rechte erhält, schließt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs schlechthin aus, auch mit Wirkung auf solche Berechtigte, die den Widerspruch nicht haben für sich eintragen lassen. Die relative Wirkung dort, die absolute Wirkung hier dienen beide demselben gesetzgeberischen Zwecke: den öffentlichen Glauben soweit einzugrenzen, wie es mit einem schutzwürdigen Vertrauen auf den Inhalt des Grundbuchs verträglich ist.

Der gegen ein beschränktes Recht eingetragene Widerspruch hat somit die Wirkung, daß sich auch gleich- oder nachstehende Berechtigte auf ihn berufen können.

Zweiter Teil.

Im Anschluß an die Untersuchung der Wirkungen, die ein für den Eigentümer eingetragener Widerspruch zugunsten der beschränkten dinglichen Rechte entfaltet, verdient die umgekehrte Frage eine Behandlung: erstreckt sich ein gegen den (Buch-) Eigentümer gerichteter Widerspruch auf die von ihm abgeleiteten Rechte, z. B. auf eine Hypothek, oder muß gegen diese ein besonderer Widerspruch eingetragen werden?

Der im Grundbuche zu Unrecht als Eigentümer eingetragene N bestellt dem H eine Hypothek. Nachdem gegen das Eigentum des N ein Widerspruch zugunsten des wahren Eigentümers E eingetragen worden ist, überträgt H die Hypothek an den redlichen H_1. Hindert der Widerspruch gegen N den Rechtserwerb des H_1?[45])

Zunächst ist der häufige Fall auszuscheiden, daß bereits H die Hypothek im Vertrauen auf das Eigentum des N nach § 892 erworben hat. Dann überträgt H die Hypothek als Berechtigter an H_1, ohne daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs noch dabei mitspielte.

Nur wenn H nicht Hypothekar geworden ist, — sei es wegen Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs, sei es aus einem anderen Grunde[46]) —, kommt es für den Rechtserwerb des H_1 auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und daher auf die Wirkung des inzwischen eingetragenen Widerspruchs an. Wird der Eintrag des H noch von einem Widerspruche ergriffen, der nach der Hypothekenbestellung gegen das Eigentum des N eingetragen wird?

I. Die Frage ist nicht etwa deshalb zu verneinen, weil der nachträglich eingetragene Widerspruch der früher eingetragenen Hypothek im Range nachstände.[47]) Ein Widerspruch ist kein Recht am Grundstück und kann daher in keinem Rangverhältnis zu einem Grundstücksrechte stehen.[48]) Der Widerspruch sichert nur anderweitig bestehende Grundstücksrechte und damit auch deren Rang, der sich durchaus nicht nach dem Zeitpunkt der Widerspruchseintragung bestimmt. Der letztere Zeitpunkt ist in diesem Zusammenhange nur

---

[45]) Diese Frage behandelt RGZ. 129, 124 ff. (= JW. 1931, 2730 Nr. 30).
[46]) Vgl. darüber unten S. 19.
[47]) So Frey ZBlFG. 2, 308 unten.
[48]) Planck-Strecker § 879 Erl. 7 f (S. 190); Rosenberg § 879 Vorb. IV 1 b δ (S. 247); Komm. v. RGR. Busch § 879 Erl. 3 (S. 75); RGZ. 129, 127; RG. Warn. 1931 Nr. 106 (S. 219); *a. A.* Güthe-Triebel § 46 Erl. 13 (S. 1018).

insofern von Bedeutung, als das gesicherte Recht — hier das Eigentum des E — grundsätzlich[49]) nur gegen diejenigen Verfügungen geschützt ist, die n a c h der Eintragung des Widerspruchs erfolgen. Eine solche Verfügung liegt aber hier vor: es ist die Uebertragung der Hypothek von H an H_1, die wegen der Unwirksamkeit der vorangehenden Hypothekenbestellung in Wahrheit eine Verfügung über das Eigentum des E enthält. Die Wirksamkeit derartiger Verfügungen zu verhindern, ist der eingetragene Widerspruch bestimmt; die Frage, ob er dazu geeignet ist, kann nicht durch Rangerwägungen entschieden werden.[50])

II. Der Zeitpunkt der Widerspruchseintragung könnte aber aus einem anderen Grunde für die Entscheidung der Frage erheblich sein. Während der vor der Hypothekenbestellung eingetragene Widerspruch bereits die Entstehung der Hypothek in der Person des H verhindert, kann der nachträgliche Widerspruch eine solche Wirkung nicht haben. Gewiß kann die Hypothekenbestellung eines Bucheigentümers auch unwirksam sein, ohne daß ein Widerspruch gegen ihn eingetragen war, und in dem hier zu behandelnden Falle wird das sogar vorausgesetzt.[51]) Aber die Nichtentstehung der Hypothek beruht in diesem Falle auf der Unredlichkeit des H oder auf anderweitigen Umständen, die außerhalb des Grundbuchs liegen. Aus dem durch den Widerspruch verlautbarten Nichteigentum des N ergibt sich nicht ohne weiteres für H_1, daß H zu Unrecht als Hypothekar eingetragen ist. Der Inhalt des Grundbuches läßt durchaus die Möglichkeit offen, daß der Widerspruch gegen N begründet und gleichwohl H nach § 892 Hypothekengläubiger geworden ist. Während aus einem vor der Hypothekenbestellung eingetragenen Widerspruche geschlossen werden kann, daß H nicht mehr Rechte erworben hat, als N hatte, ist bei einem nachträglichen Widerspruche ein solcher Schluß nicht möglich.[52])

Indessen ist es für die Wirkung des Widerspruches gar nicht erforderlich, daß aus dem Nichteigentum des N ein zwingender Schluß auf das Nichtbestehen der Hypothek des H gezogen werden kann.[53]) Um den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auszu-

---

[49]) Ausnahme: § 1139 S. 2.

[50]) RGZ. 129, 127.

[51]) S. oben S. 18.

[52]) Anders, wenn es sich z. B. um eine Z w a n g s h y p o t h e k handelt. In diesem Falle genügt der spätere Widerspruch gegen das Eigentum ohne weiteres, um auch den Hypothekeneintrag zu entkräften. Das Beispiel der Zwangshypothek zeigt daher am deutlichsten, daß die Wirkungen des Widerspruchs sich nicht nach Prioritätsgrundsätzen richten.

[53]) Ein ganz zwingender Schluß kann auch bei vorheriger Widerspruchseintragung nicht gezogen werden. H kann z. B. die Hypothek von N mit

schließen, genügt es, wenn sich aus dem Widerspruche ergibt, daß ein anderer Eintrag auch nur möglicherweise unrichtig ist.[54]) Die besonderen Umstände, die den Eintritt dieser Möglichkeit im Einzelfalle bewirkt haben, brauchen weder aus dem Grundbuche hervorzugehen noch dem Erwerber bekannt zu sein.[55]) Mit dem Vorliegen des nach dem Inhalt des Grundbuchs möglichen Falles muß der Erwerber rechnen. Wer eine Hypothek erwirbt, obwohl der Zwangsversteigerungsvermerk im Grundbuche eingetragen ist, muß damit rechnen, daß die Hypothek durch den Zuschlag erloschen ist.[56]) Wer eine Hypothek erwirbt, die nach Ausweis des Grundbuches von einem Nichteigentümer bestellt worden ist, muß damit rechnen, daß die Bestellung unwirksam war. Darum erstreckt sich der gegen den Bucheigentümer eingetragene Widerspruch auch auf die bereits durch Rechtsgeschäft von diesem abgeleitete Hypothek.[57])

Diese Entscheidung wird allein den Anforderungen gerecht, die an einen redlichen Rechtsverkehr zu stellen sind. Wenn H_1 im Grundbuche sieht, daß die Hypothek des H, die er erwerben will, von einem Nichteigentümer bestellt worden ist, so wird sein Vertrauen auf das Recht des H erschüttert sein. Die juristische Erwägung, daß H unter dem Schutze des Publizitätsprinzips erworben haben könnte, ja, daß die Redlichkeit des H nach § 892 I 1 sogar vermutet wird, ändert daran wenig. Nach der Auffassung des Verkehrs würde H_1 höchst fahrlässig handeln, wenn er sich unter diesen Umständen auf die Eintragung des H verließe, ohne sich über dessen Recht besonders zu vergewissern. Nun würde freilich grobe Fahrlässigkeit an sich den Rechtserwerb nach § 892 nicht hindern. Aber da der Widerspruch einen selbständigen Hinderungsgrund bildet, der von Kenntnis oder Unkenntnis des Erwerbers unabhängig ist, so kann durch eine angemessene Abgrenzung seiner Reichweite den Grundsätzen von Treu und Glauben in einer generellen Form Geltung verschafft werden. Hier hat der Richter es in der Hand, einem Begriffe der Redlichkeit zum Durchbruch zu verhelfen, der nicht an die zu engen Grenzen,[58])

Zustimmung des E erworben haben. Dieser Fall ist nach Lage des Grundbuchs stets denkbar, und doch muß man annehmen, daß H von einem zuvor eingetragenen Widersprüche im allgemeinen betroffen werden muß.

[54]) Wolff § 45 I 5 b δ (S. 132).

[55]) Rosenberg § 892 Erl. II 4 a (S. 417).

[56]) RGZ. 76, 377 f.

[57]) RGZ. 129, 128. Zustimmend Planck-Strecker § 892 Erl. II 2 c α (S. 276). Ebenso bereits Güthe-Triebel § 54 Erl. 22 (S. 1122), aber mit der nicht ganz zutreffenden Begründung, daß der Glaube des H_1 an einen redlichen Erwerb des H nur ein Glaube an eigenen Rechtserwerb sei. — *a. M.* anscheinend Komm. v. RGR. Busch § 899 Erl. 1 S. 175. Vgl. darüber unten S. 23 zu Anm. 69.

[58]) Kritik und Rechtsvergleichung bei Wolff § 45 Anm. 17 (S. 131).

die § 892 nach der subjektiven Seite hin zieht, gebunden ist. Daß das Reichsgericht[59]) dem Widerspruche eine Auswirkung gegeben hat, die den wahren Eigentümer schützt und dabei dem Erwerber durchaus zugemutet werden kann, ist als Fortschritt zu einer freieren Anwendung des § 892 zu begrüßen.

III. Darüber darf eine Kehrseite der Entscheidung nicht übersehen werden. Sie zeigt sich in dem oben[60]) ausgeschiedenen Falle, daß H die Hypothek redlich erworben hat. Dann ist ein nachträglich gegen N eingetragener Widerspruch zwar kein rechtlicher Hinderungsgrund für eine wirksame Uebertragung der dem H zustehenden Hypothek; aber tatsächlich wird sich jedermann scheuen, eine Hypothek zu erwerben, deren Bestehen durch einen Widerspruch in Zweifel gezogen wird. Der Widerspruch gegen N entzieht dem H die Möglichkeit, über seine Hypothek zugunsten von Erwerbern zu verfügen, die seine Berechtigung nicht zu prüfen brauchen. Die Hypothek des H wird dadurch in ihrer Zirkulationsfähigkeit, die häufig einen Teil ihres wirtschaftlichen Wertes ausmacht, stark beeinträchtigt. Muß H sich gefallen lassen, daß seine Grundbuchlegitimation durch einen gegen N gerichteten Widerspruch entkräftet wird?

Die Lösung dieser Schwierigkeit läßt sich m. E. darin finden, daß zur Eintragung eines Widerspruches gegen N auch eine Bewilligung des H oder eine einstweilige Verfügung gegen ihn zu erfordern ist. Die §§ 19 GBO., 899 II BGB. sind auf H — zum mindesten entsprechend — anzuwenden. Nach § 19 GBO. soll die Eintragung eines Widerspruches gegen N nur erfolgen, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von der Widerspruchseintragung betroffen wird. Das ist außer N auch H. Der bei N eingetragene Widerspruch b e t r i f f t die Hypothek des H insofern, als er ihren Rechtsschein zerstört und damit die Buchstellung des H schwer beeinträchtigt.

In § 899 II 1 freilich wird — anders als in GBO. § 19 — die Bewilligung desjenigen gefordert, dessen Recht durch die B e r i c h t i g u n g betroffen wird. Damit ist, wie ein Vergleich mit § 894 lehrt, der Berichtigungsverpflichtete gemeint. In dem Normalfalle, an den das Gesetz denkt, deckt sich der Kreis der Berichtigungsverpflichteten mit dem der Widerspruchsbetroffenen.[61]) Ergeben sich aber einmal, wie aus der im Vorhergehenden erörterten Entscheidung,[62]) Fälle,

---

[59]) RGZ. 129, 124 ff.

[60]) S. 18.

[61]) Ist ausnahmsweise der letztere Kreis kleiner, so soll nach KG. JFG. 5, 356 doch der erstere Kreis für § 899 maßgebend sein. Daraus ist aber nicht notwendigerweise zu schließen, daß er es auch in dem umgekehrten Falle sein müßte.

[62]) RGZ. 129, 124 ff.

in denen der Kreis der Widerspruchsbetroffenen über den der Berichtigungsverpflichteten hinausgeht, so wird der Wortlaut des § 899 II 1 einer extensiven Auslegung, die zugleich einen Zwiespalt zwischen den formellen und materiellen Erfordernissen der Widerspruchseintragung vermeidet, nicht im Wege stehen.

Demnach kann ein Widerspruch gegen N, der sich auf die Hypothek des H erstreckt, m. E. nur eingetragen werden, wenn entweder auch H die Eintragung bewilligt oder eine einstweilige Verfügung gegen ihn vorliegt. In dem Verfahren zwecks Erwirkung der einstweiligen Verfügung hat E die Tatsachen glaubhaft zu machen, die die Wirksamkeit der Hypothekenbestellung durch den Bucheigentümer N verhindert haben. Gelingt es dem E nicht, die Unredlichkeit des H oder irgendeinen anderen Hinderungsgrund glaubhaft zu machen, so darf kein Widerspruch gegen N eingetragen werden, der auch das Recht des H betrifft.[63]) In diesem Falle ist der Widerspruch bei N nur unter Vorbehalt der Rechte des H einzutragen.[64])

Die Folgerungen, die hier aus der besprochenen Reichsgerichtsentscheidung gezogen werden, scheinen für den Grundbuchverkehr sehr hinderlich zu sein.[65]) Sie sind aber m. E. ein Gebot der Gerechtigkeit. Soll es dem E, der im Verfahren zur Erwirkung eines gegen H gerichteten Widerspruchs abgewiesen worden ist, weil er die Unredlichkeit des H nicht glaubhaft machen konnte, freistehen, nunmehr ohne Mitwirkung des H einen Widerspruch gegen N eintragen zu lassen, der sich auch auf H erstreckt?[66]) H könnte sich höchstens dadurch helfen, daß er eine Klage auf Feststellung des Bestehens seiner Hypothek gegen E erhebt. Die Beweislast ist in

---

[63]) Das Kammergericht verlangt die Glaubhaftmachung der Unredlichkeit des inzwischen eingetragenen Rechtsnachfolgers sogar für die Eintragung des Amtswiderspruches nach § 54 GBO. (Grundlegend KGJ. 31 A 271 ff.; hier wird sogar voller Nachweis der Unredlichkeit verlangt. KGJ. 41, 225; 47, 185; 48, 194, begnügen sich mit Glaubhaftmachung in Analogie zur einstweiligen Verfügung.) Daß diese Rechtsprechung allgemein (vgl. Güthe-Triebel § 54 Erl. 22 und die dort Zit.) als auch auf den konstitutiven Rechtsnachfolger anwendbar gedacht und nur über ihre Berechtigung für den Amtswiderspruch gestritten wird, ist eine Stütze für die oben vertretene Ansicht.

[64]) oder wie Güthe-Triebel § 22 Erl. 54 a. E. in einem ganz ähnlichen Falle es ausdrückt: der Widerspruch ist auf die sonstigen Wirkungen des Eigentumserwerbs zu beschränken.

[65]) Immerhin ist das Erfordernis einer Mehrzahl von Bewilligungen oder einstweiligen Verfügungen für eine Grundbucheintragung durchaus keine Seltenheit.

[66]) Man kann über dieses Bedenken nicht mit der Erwägung hinwegkommen, daß es sich um eine bloße Reflexwirkung handelt. Jedermann wird sich gern Reflexwirkungen zu seinen Gunsten (vgl. oben Erster Teil S. 16) gefallen lassen, aber niemand zu seinen Lasten. Es liegt wie beim Problem des Vertrages zu Lasten Dritter.

diesem Prozesse auf Seiten des E (§§ 891, 892, 1138), und das rechtskräftige Urteil wirkt auch für weitere Erwerber der Hypothek (ZPO. § 325). Aber ein rechtskräftiges Urteil kann doch nicht in jeder Beziehung einen Grundbucheintrag ersetzen. — Gibt man aber dem H eine Klage gegen E auf Beseitigung des Widerspruchs, soweit er gegen H wirkt,[67]) so erhält der bei N eingetragene Widerspruch schließlich doch den oben geforderten Vorbehalt zugunsten des H, und nur die Last der Klageerhebung ist unbillig verteilt.[68])

Zieht man aus der Entscheidung des Reichsgerichts die hier vertretenen Folgerungen, so finden die Interessen des betroffenen Hypothekars eine angemessene Berücksichtigung. Damit entfallen nicht nur einige Bedenken, die sich sonst gegen die Ausdehnung der Wirkungen des Widerspruchs auf den Hypothekar erheben würden: zugleich erweist sich auch der Abstand zwischen dieser Entscheidung und der entgegengesetzten Meinung, die zum Schutze des Eigentums gegen den Hypothekar einen besonderen Widerspruch gegen diesen verlangt,[69]) als wesentlich verringert. Das Erfordernis eines besonderen Widerspruchs gegen H wird aufgestellt, um die Möglichkeit eines redlichen Erwerbs des H zu berücksichtigen und ihn darum nicht ohne weiteres den Wirkungen des gegen N eingetragenen Widerspruches auszusetzen. Dieser Zweck läßt sich aber auch nach der Entscheidung des Reichsgerichts vollkommen erreichen, wenn man entsprechend der Erweiterung der Wirkungen des gegen N eingetragenen Widerspruches auch seine Voraussetzungen vermehrt. Gelten für die Eintragung eines Widerspruchs gegen N Erfordernisse, die nach § 899 II 1 auch für die Eintragung eines besonderen Widerspruches gegen H ausreichen würden, so hat es nichts Auffallendes an sich, daß der Widerspruch gegen N auch seine Wirkungen auf H erstreckt. Der bei N eingetragene Widerspruch entspricht dann in Voraussetzungen und Wirkungen zwei Widersprüchen, einem gegen N und einem gegen H. Nur wenn dem Widerspruche ein Vorbehalt für die Rechte des H eingefügt ist, steht er einem einfachen Widerspruche im gewöhnlichen Sinne gleich. Diese Auffassung findet m. E. auch in folgendem eine Bestätigung:

Die Entscheidung des Reichsgerichts stößt noch in einer ganz anderen Richtung auf Bedenken. Das Reichsgericht läßt es in seiner Entscheidung dahingestellt, ob der Rechtsmangel des H auf Unredlichkeit oder auf dem Fehlen einer Hypothekenforderung beruht. Auf

---

[67]) So Güthe-Triebel § 22 Erl. 54 und die übrigen Gegner der oben (S. 22 Anm. 63) angeführten Rechtsprechung des Kammergerichts zum Amtswiderspruch.

[68]) Vgl. KGJ. 31 A 276.

[69]) Komm. v. RGR. Busch § 899 Erl. 1 S. 175. Vgl. oben S. 20 Anm. 57.

jeden Fall verhindere der Widerspruch gegen N den Erwerb von dem Nichthypothekar H.

Die Auswirkung des bei N eingetragenen Widerspruches auf den Eintrag des H ist oben[70]) damit begründet worden, daß H_1 mit der Unwirksamkeit der Hypothekenbestellung eines Nichteigentümers rechnen müsse. Der bei N eingetragene Widerspruch protestiert an sich nicht gegen die Eintragung des H, sondern nur gegen die des N; auf die Möglichkeit eines Nichtbestehens der eingetragenen Hypothek ist im Grundbuche nur insoweit hingewiesen, als aus dem Nichteigentum des Bestellers auf sie geschlossen werden kann. Aus dem Inhalt des Grundbuchs ist hingegen kein Hinweis auf die Möglichkeit zu entnehmen, daß H wegen Fehlens der gesicherten Forderung oder etwa wegen Geisteskrankheit des Bestellers oder aus einem sonstigen Grunde nicht Hypothekar geworden ist. Trotzdem muß der Erwerber H_1, wenn die Entscheidung des Reichsgerichts richtig ist, mit jeder dieser Möglichkeiten rechnen.

Damit wird der bei N eingetragene Widerspruch in seinen Wirkungen so behandelt, wie wenn ein besonderer Widerspruch gegen H im Grundbuche stände. Da die Angabe eines Grundes für die Unrichtigkeit nicht zu den Erfordernissen der Widerspruchseintragung gehört, so würde ein gegen H eingetragener Widerspruch in der Tat alle möglichen Gründe decken.[71])

Indem das Reichsgericht dem bei N eingetragenen Widerspruch dieselbe Wirkung gibt, beseitigt es die letzte Wirkung, die ein besonderer Widerspruch gegen H noch vor jenem voraus haben könnte. Da nach der oben[72]) vertretenen Ansicht für die Eintragung eines vorbehaltlosen Widerspruchs gegen N dieselben Erfordernisse gelten wie für die Eintragung eines besonderen Widerspruchs gegen H, so ist es auch recht und billig, daß die Wirkungen des einen Widerspruches nicht hinter denen des anderen zurückbleiben. Sonst bliebe es der Geschicklichkeit des E überlassen, mit denselben rechtlichen Mitteln einen größeren oder kleineren rechtlichen Erfolg herbeizuführen.

Indem das Reichsgericht mit derartigen Distinktionen aufräumt, mutet es auch dem Erwerber, der auf das Grundbuch vertraut, nichts Unbilliges zu. Wer einen Widerspruch bei dem Eintrage des Eigentümers findet, muß sich darauf gefaßt machen, daß die Hypothek nicht besteht. Eine Möglichkeit, sich darüber zu vergewissern, ob der Hypothekar bei der Bestellung redlich war oder nicht, wird praktisch selten vorkommen. Deshalb wird der redliche Erwerber,

---

[70]) S. 20.
[71]) KG. JFG. 2, 291 ff.
[72]) S. 21 f.

der nicht auf spitzfindige Unterscheidungen bedacht ist, auf die Untersuchung verzichten, ob der Rechtsmangel des Hypothekars auf Unredlichkeit oder auf einem anderen Grunde beruht. Er wird den bei N eingetragenen Widerspruch auch auf H beziehen und keinen Anstoß daran nehmen, daß er — wie ein bei H selbst eingetragener Widerspruch — alle möglichen Gründe der Unrichtigkeit deckt.

Der bei dem Bucheigentümer eingetragene Widerspruch ist somit als ein Gesamtwiderspruch aufzufassen, der alle vorher oder nachher abgezweigten Rechte umfaßt. Die Eintragung besonderer Widersprüche bei allen diesen Rechten ist möglich, hat aber nur deklaratorische Bedeutung.

Dritter Teil.

Hat die Löschung des gegen eine Hypothek eingetragenen Widerspruchs rückwirkende Kraft?

I. Die Frage nach der rückwirkenden Kraft der Löschung des Widerspruchs gegen eine Hypothek steht in einem gewissen Zusammenhange mit dem Problem der relativen oder absoluten Wirkung.[73]) Könnte sich H_2 nicht auf den Widerspruch des E berufen, so wäre es für ihn gleichgültig, ob der Widerspruch *ex nunc* oder *ex tunc* wegfällt; die Rückwirkung würde dann nur das Verhältnis zwischen H_1 und E betreffen. Verhindert aber, wie oben angenommen, der Widerspruch des E den gutgläubigen Erwerb des H_1 mit absoluter Wirkung, so bedeutet die rückwirkende Kraft der Löschung einen Eingriff in das Recht des H_2, eine Verschlechterung seines Ranges. Gerade dieses „Eingreifen in die Rechte und Interessen Dritter" ist die charakteristische Folge, die die Rückwirkung jeder Vereinbarung der Parteien entzieht[74]) und auch dem Gesetzgeber Schranken auferlegt.[75]) Daher erhält durch die Annahme einer absoluten Wirkung des Widerspruchs die nun zu untersuchende Frage der rückwirkenden Löschung erst ihre volle juristische Bedeutung.

Die Frage kann übrigens nur aufgeworfen werden, wenn der Widerspruch begründet, das Grundbuch unrichtig war. Die Löschung eines unbegründeten Widerspruchs hat überhaupt nur deklaratorische Bedeutung. Der Erwerb der Hypothek war in solchem Falle von Anfang an wirksam. Und zwar nicht nach § 892, sondern als Erwerb vom Berechtigten. Die Löschung eines unbegründeten Widerspruchs wirkt weder *ex tunc* noch *ex nunc,* sondern sie bewirkt überhaupt nichts, weil auch der eingetragene Widerspruch wegen der Richtigkeit des Grundbuchs keine rechtliche Wirkungen entfalten konnte. Wird daher die Löschung des Widerspruchs gerade deshalb bewilligt oder die zugrundeliegende einstweilige Verfügung gerade deshalb aufgehoben, weil die Hypothek des H bestand, so kann die zu untersuchende Frage nicht aufgeworfen werden.[76])

---

[73]) S. o. Erster Teil. Vgl. daher zum folgenden das Paradigma o. S. 2.
[74]) von Tuhr II, 28.
[75]) von Tuhr II, 25.
[76]) Anders, wenn die Parteien nur (fälschlich) davon ausgehen, oder im Prozeß über die einstweilige Verfügung nur (fälschlich) angenommen wird, daß das Grundbuch richtig sei. Insbesondere ist H_2 daran nicht gebunden.

II. Die Wirkung des eingetragenen Widerspruchs bestand darin, den Erwerb vom Nichtberechtigten zu hindern, der sonst kraft der Redlichkeit des Erwerbers eingetreten wäre. In vielen Fällen wird aber der Widerspruch, unabhängig von dieser im Gesetze festgelegten Rechtswirkung, bereits die tatsächliche Wirkung haben, daß er den Erwerber mit der Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt macht. In diesem Falle wird der Erwerb nicht allein durch den Widerspruch, sondern bereits durch die Kenntnis der Unrichtigkeit ausgeschlossen. Die Löschung des Widerspruchs vermag jedenfalls die Unredlichkeit des Erwerbers nicht rückwirkend zu beseitigen. Somit bleibt in diesem Falle die Verhinderung des gutgläubigen Erwerbs, eine tatsächliche Wirkung des Widerspruchs, trotz der Löschung erhalten.

Da aber der Erwerb von Liegenschaftsrechten nur durch die Kenntnis, nicht schon durch grob fahrlässige Unkenntnis des Rechtsmangels ausgeschlossen wird, so wird eine Unredlichkeit des Erwerbers durch den Widerspruch häufig nicht hervorgerufen werden oder zumindest nicht nachweisbar sein. Dann ist es nur die rechtliche Wirkung des Widerspruchs, die den Rechtserwerb des Dritten hindert, und diese Rechtswirkung könnte, anders als die Kenntnis, durch die Löschung rückwirkend zerstört werden. Trotzdem erheben sich zunächst Bedenken dagegen, die Wirkung der Löschung davon abhängig zu machen, ob der Widerspruch im Einzelfalle den Erwerber wissend gemacht hat oder nicht. Widerspruch und Kenntnis sind nicht zufällig in § 892 I 1 nebeneinander angeführt. Auch wenn der Widerspruch nicht geradezu die Kenntnis des Erwerbers hervorruft, so warnt er ihn doch, auf die Richtigkeit des Grundbuchs zu vertrauen. Der Erwerber, der einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs findet, soll nicht anders behandelt werden, als wenn er die Unrichtigkeit kennt.

Jedoch bestehen zwischen den Wirkungen des Widerspruchs und der Kenntnis auch rechtliche Unterschiede. Für die Kenntnis des Erwerbers ist nach § 892 II die Zeit der Stellung des Eintragungsantrags maßgebend, für die Wirkung des Widerspruchs gilt das nicht. Der Widerspruch schließt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs aus, wenn er zur Zeit der Vollendung des Rechtserwerbs im Grundbuche eingetragen ist.[77]) Daß er in dem für die Kenntnis maßgebenden Zeitpunkt eingetragen war, ist weder erforderlich noch ausreichend. Der eingetragene Widerspruch ist daher nicht so sehr der Kenntnis des Erwerbers, sondern der Vollständigkeit des Grundbuchs gleichzusetzen. Der Widerspruch erscheint als ein Grundbuchvermerk,

[77]) Rosenberg § 892 Erl. II 4 b (S. 418); Planck-Strecker § 892 Erl. II 2 c α (S. 276 u.).

der den Haupteintrag ergänzt und ihn korrigiert. Es besteht ein allgemeines Prinzip, daß die Rechtsscheinwirkung eines Eintrags durch jeden anderen Grundbucheintrag entkräftet wird, aus dem sich ergibt, daß der erste Eintrag auch nur möglicherweise unrichtig ist;[78]) denn nur beide Einträge zusammen bilden den Inhalt des Grundbuchs. In der Wirkung des Widerspruchs kann man einen speziellen Anwendungsfall dieses Prinzips erblicken.[79]) Der Widerspruch ist danach als ein Eintrag aufzufassen, der den Inhalt des Grundbuchs so verändert, daß es für einen gutgläubigen Erwerb nicht mehr geeignet erscheint.

Demnach sollte man meinen, daß der Löschung des Widerspruchs seinem Wesen nach überhaupt keine rückwirkende Kraft zukommen könne. In der Tat liegt folgender Gedankengang nahe:

Ist der Widerspruch nichts als ein Eintrag, ein Grundbuchvermerk,[80]) der durch seine bloße Anwesenheit im Grundbuche die anderen Einträge entkräftet, so können diese Wirkungen erst mit der Löschung enden; solange der Widerspruch eingetragen ist, verändert er den Grundbuchinhalt, und das ist seine Wirkung. Es kann nur darauf ankommen, ob der Eintrag als solcher wirksam ist; das ist der Fall, wenn der Widerspruch von einem Grundbuchbeamten und mit einem zulässigen Inhalte (vgl. § 54 I 2 GBO.) eingetragen worden ist.[81]) Wie der Hypothekeneintrag unter diesen Voraussetzungen die Rechtsscheinwirkung äußert, ebenso muß der eingetragene Widerspruch diesen Anschein entkräften. Es handelt sich dabei nicht um die Wirkungen von Rechten, sondern um die Wirkungen von Einträgen. Ein Hypothekenrecht kann aus zahlreichen Gründen rückwirkend vernichtet werden, der Hypothekeneintrag wird davon nicht berührt; denn gerade, wenn in der Zwischenzeit ein Erwerb der Hypothek stattgefunden hat, greift die Wirkung des Eintrags nach § 892 ein. Und da der Widerspruch, der überhaupt kein Recht ist, gar keine andere Wirkung hat, als eben den Grundbuchinhalt zu verändern, so gehört er ganz der Ebene der Einträge an und ist mit ihnen jeder rückwirkenden Kraft entzogen.

Indessen ist der Widerspruch kein bloßer Eintrag. Streitig ist zwar, ob ihm die Eintragung wesentlich ist oder ob er auch außerhalb

---

[78]) Wolff § 45 I 5 b δ. (S. 132); Rosenberg § 892 Erl. II 4 a (S. 416 ff.); Planck-Strecker § 892 Erl. II c (S. 276).

[79]) Rosenberg § 892 Erl. II 4 b (S. 418); Planck-Strecker § 892 Erl. II 2c (S. 276); vgl. auch Wolff § 45 I 5b δ (S. 133).

[80]) So Sekler S. 294.

[81]) Wolff § 36 I (S. 98 f.); Planck-Strecker § 873 Erl. IV 4 (S. 156 ff.).

des Grundbuchs fortbestehen kann.[82]) Aber auch wenn man annimmt, daß die Wirkungen des Widerspruchs an seine Eintragung geknüpft sind, so ist diese Eintragung doch noch nicht ausreichend. Vielmehr ist nach § 899 II 1 zur Entstehung des Widerspruchs eine einstweilige Verfügung oder eine Eintragungsbewilligung erforderlich, und diese Erfordernisse gehören nicht nur dem formellen Grundbuchrecht an, sondern sie sind für die Entstehung des Widerspruchs ebenso wesentlich wie gemäß § 873 I die Einigung zur Entstehung eines Grundstücksrechts.[83]) Daher ist ein Widerspruch unwirksam, wenn diese Voraussetzungen fehlen, wenn z. B. die Bewilligung wegen Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden nichtig ist,[84]) und daher kann auch ein eingetragener Widerspruch e x t u n c erlöschen, wenn z. B. die Bewilligung wegen Irrtums angefochten wird. Somit kann die Möglichkeit einer Rückwirkung, die die bisherigen Wirkungen des Widerspruchs vernichtet, n i c h t g r u n d s ä t z l i c h g e l e u g n e t w e r d e n.

III. Die rückwirkende Vernichtung des Widerspruchs durch Anfechtung der Bewilligungserklärung ergibt sich aus §§ 142 I, 899 II 1; die anschließende Löschung des unwirksamen Widerspruchseintrags hat nur noch berichtigende Bedeutung.[85]) Zu untersuchen bleibt aber die Frage, ob nicht die rechtsändernde Löschung, d. i. die Löschung, die den Widerspruch zum Untergang bringt, rückwirkende Kraft hat.

Wer annimmt, daß (spätestens) jede Löschung den Widerspruch zum Untergang bringt,[86]) sieht sich auch bei der u n r e c h t -

[82]) Für die letztere Alternative: W o l f f § 47 IV 3 (zu Anm. 12); vgl. § 48 Anm. 37; P l a n c k - S t r e c k e r § 899 Erl. 7 (S. 316); G ü t h e - T r i e b e l § 22 Erl. 7; § 25 Erl. 31; mit Bezug auf die Vormerkung RGZ. 129, 184 ff.; 132, 419 ff. *a. M.* KGJ. 49, 179 ff.; KG. HRR. 1931 Nr. 674 (= DNotV. 1931 S. 297 f.); R o s e n b e r g § 899 VI 1 d (S. 489).

[83]) W o l f f § 47 Anm. 3 (S. 140) in Verb. mit § 48 Anm. 13 (S. 143); R o s e n b e r g § 899 Erl. III 2 a Abs. 2 (S. 482); § 899 Erl. III 2 e (S. 485); P l a n c k - S t r e c k e r § 899 Erl. 3 a (S. 311 oben) in Verb. mit § 885 Erl. 1 (S. 230 Abs. 1).

[84]) R o s e n b e r g § 899 Erl. III 2 e α (S. 485). *a. M.*: S e k l e r S. 294.

[85]) Mit dem Wort „Berichtigung" muß man hier vorsichtig umgehen. Das Grundbuch wird insofern berichtigt, als der unwirksame Widerspruch daraus entfernt wird. Aber die Eintragung, gegen die der Widerspruch sich richtete, bleibt nach wie vor unrichtig (s. o. S. 26). Der von dem Widerspruch Betroffene kann n i c h t nach § 894 oder nach § 22 GBO. oder nach § 1004 die Berichtigung verlangen, da er selbst nur ein Scheinrecht hat. Der Bucheintrag ist zwar eine günstige rechtliche Position, die durch den Widerspruch sehr beeinträchtigt wird; aber er ist kein Recht, das Ansprüche erzeugt — ein wichtiger Unterschied vom Besitz (H e c k S. 172; W o l f f § 2 Anm. 1). Der Widerspruch ist also zwar unwirksam, aber niemand hat das Recht, ihn aus dem Grundbuche zu entfernen (es sei denn mit Hilfe eines obligatorischen Anspruchs, z. B. aus § 812).

[86]) S. die Nachweise oben Anm. 82.

mäßigen Löschung vor die Frage gestellt.[87]) Das Kammergericht[88]) hat die Frage dahingestellt gelassen.[89]) Es wäre hart, wenn eine versehentliche Handlung des Grundbuchrichters nicht nur für die Zukunft das Grundbuch dem öffentlichen Glauben wieder zugänglich machen, sondern für die Vergangenheit die Rechte der E, H_2, usw. durch eine vorangehende Belastung kränken könnte.

Folgt man der anderen Ansicht, so genügt die Löschung nicht zum Untergange des Widerspruchs. Die Aufhebung erfolgt durch Bewilligung und Löschung,[90]) wie die Entstehung durch Bewilligung und Eintragung. Die Aufhebung stellt sich damit als *contrarius actus* der Entstehung dar. Schon darin wird augenscheinlich, daß der Aufhebung eine Rückwirkung fernliegt. Wie die Parteien den Widerspruch ehemals zur Entstehung gebracht haben, so bringen sie ihn nunmehr zum Erlöschen. Die Wirkungen, die in der Zwischenzeit eingetreten sind, sind ihrer Disposition nach allgemeinen Grundsätzen[91]) entzogen. Eine Rückwirkung der Löschung müßte besonders vom Gesetze bestimmt sein.[92])

Die rechtsgeschäftliche Aufhebung eines Widerspruchs wird im Gesetze gar nicht erwähnt. Heinsheimer[93]) will jedoch die rückwirkende Kraft der Löschung aus dem (gesetzlichen) Wesen des Widerspruchs herleiten.

Der Widerspruch, meint er, ist nicht ein Hindernis des Rechtserwerbs, sondern nur ein Hemmnis. Er macht den Rechtserwerb von der Bedingung abhängig, daß nicht die durch den Widerspruch vorbehaltene Berichtigung durchgeführt wird. Mit der Löschung des Widerspruchs tritt diese Bedingung ein, und der Erwerb wird wirksam.[94]) Nun ist zunächst nicht ganz einzusehen, warum mit der Löschung des Widerspruchs die Bedingung bereits eingetreten sein

---

[87]) Heinsheimer, der der Meinung des KG. ist, nimmt die unrechtmäßige Löschung ausdrücklich von seiner Behandlung aus (S. 415 Anm. 1).

[88]) HRR. 1931 Nr. 674 (= DNotV. 1931 S. 297 f., insbes. S. 298).

[89]) Weil es auch bei ihrer Verneinung dem Reichsgericht im übrigen nicht folgte: RGZ. 129, 184 ff., 132, 419 ff. gehen für die Vormerkung davon aus, daß eine zu Unrecht erfolgte Löschung ihre Wirkungen in der Vergangenheit nicht beseitigt, und lassen deshalb die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Löschung zu; ebenso für die Zukunft.

[90]) Wolff § 47 IV 3 (S. 141 zu Anm. 12).

[91]) von Tuhr II 28 vgl. oben S. 26 Anm. 74 f.

[92]) von Tuhr a. a. O.

[93]) S. 415 ff., insbes. 419 Nr. 5 a. A.

[94]) Wie man sieht, ist das keine echte Rückwirkung, sondern eher als eine Art Konvaleszenz (Heilung *ex nunc)* zu bezeichnen. (Vielleicht meint Heinsheimer aber auch, daß der Eintritt der Bedingung den Rechtserwerb *ex tunc* wirksam macht. Das steht freilich im Gegensatz zu § 158 Abs. 1; aber eine rechtsgeschäftliche Bedingung liegt ohnehin nicht vor.)

soll. Die negative Bedingung, daß keine Berichtigung erfolgt, ist erst dann erfüllt, wenn feststeht, daß die Berichtigung nicht erfolgen kann.[95]) Aus der bloßen Löschung des Widerspruchs folgt aber nicht, daß ein bis dahin bestehender Berichtigungsanspruch zu bestehen aufgehört hat.[96]) In manchen Fällen mag es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Berechtigte erst die Löschung des Widerspruchs bewilligt und dann den Berichtigungsanspruch geltend macht. Aber die Löschung des Widerspruchs kann aus verschiedenartigen Gründen bewilligt worden sein, und die dingliche Rechtslage wird davon nicht berührt.

Nun meint Heinsheimer freilich mit der Berichtigung, die der Widerspruch vorbehalten soll, nur diejenige in Aussicht stehende Berichtigung, die der Widerspruch gerade vorbereitet, die seine „bestimmungsmäßige Entwicklung“[97]) darstellt. Aber wie läßt sich ein solcher objektiver Zusammenhang bestimmen? Gewiß läßt sich etwa in einem Falle wie dem des § 895 ZPO. sagen, daß der auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils eingetragene Widerspruch ein Vorläufer der endgültigen Berichtigung ist, die auf Grund des rechtskräftigen Urteils (§ 894 ZPO.) erfolgen soll. Im allgemeinen aber läßt sich zwischen dem Widerspruch und einem „bestimmten“ Berichtigungsverfahren kein rechtlicher Zusammenhang angeben. Zudem müßte Heinsheimer nach seinem Ergebnis auch in dem Falle des § 895 ZPO., wenn der eingetragene Widerspruch wieder gelöscht wird, den Berichtigungsanspruch fortab versagen.

In Wahrheit beruht Heinsheimers Ergebnis auf der Auffassung, daß der Widerspruch, um wirksam zu sein, noch im Zeitpunkte der Berichtigung bestehen müßte,[98]) so wie zur Begründung des Anspruchs aus § 888 das (Noch-) Bestehen der Vormerkung gehört.[99]) Dieser Vergleich mit der Vormerkung leitet irre.[100]) Der Berichtigungsanspruch gründet sich nicht ebenso auf den Widerspruch wie der Rechtsänderungsanspruch in seiner Wirkung gegen Dritte auf die Vormerkung. Der Berichtigungsanspruch fließt vielmehr aus dem dinglichen Recht, das auch dem Widerspruch zugrunde liegt, und ergibt sich aus der wirklichen Rechtslage. Es ist eine schiefe Auffassung, daß der Widerspruch der

---

[95]) S. von Tuhr III S. 315 zu Anm. 8.

[96]) Wenn man sich nicht einer *petitio principii* schuldig machen will.

[97]) Heinsheimer S. 419 Nr. 5 Abs. 2.

[98]) Vgl. Heinsheimer S. 420 Nr. 5 am Ende.

[99]) Heinsheimer S. 418 Anm. 5. Vgl. Rosenberg § 883 Erl. IV 7 am Ende (S. 327); Erl. IV 1 e am Ende (S. 314). Es ist kein Zufall, daß Heinsheimer (S. 417 Nr. 3) den Vergleich mit der Vormerkung als erstes Argument für die Rückwirkung anbringt.

[100]) Vgl. schon oben Erster Teil S. 9 ff., insbes. S. 11.

Sicherung des Berichtigungsanspruches diene. Der Widerspruch dient der Sicherung eines dinglichen Rechts gegen die Gefahren der Unrichtigkeit des Grundbuchs.[101]) Dieser Sicherung dienen Widerspruch und Berichtigungsanspruch nebeneinander, als zwei wahlweise Mittel zu demselben Zweck, ein vorläufiges und ein endgültiges Mittel. Der Widerspruch tut seinen Dienst unabhängig von dem Berichtigungsanspruch. Er verhindert nach § 892 I 1 jeden gutgläubigen Erwerb und erhält dadurch das dingliche Recht in seinem Bestande. Diese Wirkung besteht auch dann, wenn das Grundbuch überhaupt nicht berichtigt wird. Das dingliche Recht kann ja noch auf viele andere Weisen geltend gemacht werden; in unserem Falle kann die Freiheit des Eigentums von der Hypothek z. B. als Einwendung gegen die *actio hypothecaria* oder als Widerspruch gegen den Teilungsplan geltend gemacht werden, ohne daß die zu Unrecht eingetragene Hypothek gelöscht wäre. Es ist deshalb zu eng, den eingetragenen Widerspruch als „Vorbehalt der Berichtigung" aufzufassen, wie es Heinsheimer tut. Der Widerspruch steht zu der Berichtigung in keinem unmittelbaren Zusammenhang. Der Widerspruch ist nicht „nur bestimmt, sich zu einer endgültigen Berichtigung auszuwachsen". Durch die Löschung wird nicht diese seine „bestimmungsmäßige Entwicklung abgerissen".[102]) Vielmehr hat der Widerspruch seine Bestimmung erfüllt und seinen Dienst getan, so oft er während der Zeit seines Bestehens einen gutgläubigen Erwerb verhindert hat. Keineswegs ist, wie Heinsheimer meint, „der Versuch, den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu brechen, gescheitert, wenn der Widerspruch erlischt, ehe es zur Berichtigung gekommen ist".[103]) Dieser Versuch ist im Gegenteil gelungen, so oft der Eingetragene über das betroffene Recht eine Verfügung getroffen hat. Der Widerspruch hat das gesicherte Recht erhalten, solange er eingetragen war. Mit der Löschung erreicht, der Bewilligung gemäß, dieser Schutz ein Ende. Das bislang gesicherte Recht ist nun wieder neu den Gefahren des Grundbuchglaubens ausgesetzt. Aber die bisherigen Wirkungen des Widerspruchs können damit nicht in sich zusammenfallen.[104])

IV. Ist die Eintragung des Widerspruchs auf Grund einer einstweiligen Verfügung erfolgt, so kann er auf rechtsgeschäftlichem Wege nur durch die *ex nunc* wirkende Löschungsbewilligung des Berechtigten (E) beseitigt werden.

---

[101]) Vgl. Wolff § 47 I (S. 139); Rosenberg § 899 Erl. V 3 (S. 488).
[102]) Heinsheimer S. 419 Nr. 5.
[103]) Heinsheimer S. 420 Nr. 5 a. E.
[104]) Wolff § 47 IV 3 (S. 41 zu Anm. 13); Rosenberg § 899 Erl. IV 2 a. E. (S. 490 oben); Planck-Strecker § 899 Erl. 7 a. E.

Der Anfechtung entspricht hier die Erwirkung der Aufhebung der einstweiligen Verfügung durch gerichtliche Entscheidung. Aber auch wenn die einstweilige Verfügung nicht aufgehoben wird, kann der in ihrer Vollziehung eingetragene Widerspruch von vornherein unwirksam sein. Nach §§ 936, 929 II ZPO. ist die Vollziehung der einstweiligen Verfügung nach Monatsfrist unstatthaft; der dennoch eingetragene Widerspruch ist unwirksam.[105])

Aehnlich ist es, wenn der Widerspruch gemäß § 929 III 1 vor Zustellung der einstweiligen Verfügung eingetragen wird. Dann ist der Widerspruch nach § 929 III 2 ohne Wirkung,[106]) wenn die Zustellung nicht innerhalb einer Woche nach der Stellung des Eintragungsantrages[107]) erfolgt. Hier tritt also eine Schwebewirkung, keine eigentliche Rückwirkung ein. Der Löschung des Widerspruchs bedarf es nicht zur Herbeiführung der Unwirksamkeit.

1. Wird die einstweilige Verfügung durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben, so erfolgt die Löschung des Widerspruchs auf bloßen Antrag nach § 25 Satz 1 GBO. Hier ist zunächst zu untersuchen, ob die Löschung konstitutiv ist[108]) oder ob sie nur berichtigende Bedeutung hat.[109])

Die Eintragung eines Widerspruchs auf Grund einstweiliger Verfügung ist eine Vollziehungsmaßnahme, auf die nach §§ 936, 928 ZPO. die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden. Nach §§ 775 Nr. 1, 776 Satz 1 bringt eine Aufhebung des Vollstreckungstitels die Wirkungen der bereits erfolgten Vollstreckung nicht *ipso iure* zum Erlöschen;[110]) vielmehr bedarf es erst einer besonderen Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln selbst. Nach diesem Grundsatz müßte der Löschung des Widerspruchs als Aufhebung einer Vollziehungsmaßregel konstitutive Bedeutung zukommen.

Aber der allgemeine Grundsatz ist von Ausnahmen durchbrochen, und für den Widerspruch findet sich eine solche Ausnahmevorschrift

---

[105]) Rosenberg § 899 Erl. III 2 e α (S. 485).

[106]) Braunschweig OLGR. 23 S. 348 f.; RGZ. 81 S. 288 ff. (für die Vormerkung); Rosenberg § 899 III 2 b (S. 483).

[107]) § 932 III ist entsprechend anzuwenden. Vgl. KGJ. 52 S. 164.

[108]) So Planck-Strecker § 886 Erl. I c (S. 240) in Verb. mit § 899 Erl. 7 (S. 315).

[109]) So KGJ. 41, S. 220 ff. (233); (43 S. 207, 46 S. 206); Güthe, Gruch. 57 S. 49 ff.; Güthe-Triebel § 25 Erl. 3 (S. 633); Wolff § 48 VI 5 Anm. 38 (S. 148); Heinsheimer S. 417 Anm. 2.

[110]) Stein-Jonas § 776 zu Nr. 2; § 803 Erl. II 4 zu Nr. 20; § 925 Erl. III RGZ. 56 S. 145 ff. (148). Zweifelnd neuerdings RGZ. 121 S. 349 ff. (350 unten). Für eine Analogie zu § 868: Rosenberg Zivilprozeßrecht § 196 II b (S. 685 f.).

in § 25 GBO. Nach § 25 bedarf es zur Löschung des Widerspruchs nicht der Bewilligung des Berechtigten, wenn die zugrundeliegende einstweilige Verfügung durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben ist. Darin kommt zunächst nur eine Abweichung von dem formellen Konsensprinzip (§ 19 GBO.) zum Ausdruck. Wenn in § 25 die Bewilligung des Eingetragenen für entbehrlich erklärt wird, so könnte dies ebensowohl für eine berichtigende wie für eine rechtsändernde Löschung geschehen sein. Gewiß liegt es näher, bei der Löschung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung dann von der Bewilligung abzusehen, wenn diese Einträge ohnehin wirkungslos sind. Aber nichts könnte den Gesetzgeber hindern, auch eine Löschung konstitutiver Art von der Bewilligung des Eingetragenen zu befreien, zumal wenn es sich um die Aufhebung einer Vollstreckungsmaßnahme handelt. Die Begründung der Denkschrift[111]) ist für die Auslegung des Gesetzes nicht bindend. Die Bestimmung des § 25 gehört dem formellen Grundbuchrechte an; welche materiellrechtliche Auffassung ihr zugrunde liegt, ist in § 25 nicht zum Ausdruck gelangt.

Eine deutliche materiellrechtliche Vorschrift findet sich aber in § 868 ZPO. Ist eine Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 866 I eingetragen und wird die zu vollstreckende Entscheidung aufgehoben, so erwirbt der Eigentümer des Grundstücks die Hypothek, ohne daß es der Umschreibung im Grundbuche bedarf. Wie hier die Umschreibung im Grundbuche sich als Berichtigung erweist, so ist dasselbe auch im § 25 GBO. anzunehmen, wo es nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. In § 868 wie in § 25 handelt es sich um eine Eintragung, die das Grundbuchamt als Vollstreckungsbehörde vorgenommen hat; in beiden Fällen ist der Vollstreckungstitel durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben. Um die Analogie noch vollständiger zu machen, wird der § 868 in § 932 II auch auf die Arresthypothek für anwendbar erklärt, die in ganz entsprechender Weise auf dem Arrestbefehl beruht wie Vormerkung und Widerspruch auf der — verwandten — einstweiligen Verfügung. So rechtfertigt die Verwandtschaft unseres Falles mit dem in §§ 868, 932 II geregelten Falle die Uebertragung des hier zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedankens, auch wenn er eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze der §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO. enthält.[112]) Der Widerspruch erlischt somit schon mit der Aufhebung

[111]) auf die sich KGJ. 41, 223 beruft.

[112]) Um so mehr, wenn man mit RGZ. 121, 350 diesen Grundsatz sogar in der Mobiliarvollstreckung verlassen möchte. Zu dieser umstrittenen Entscheidung (dafür Pagenstecher, Prozeßprobleme, insbes. S. 47 f.; dagegen Pappenheim, Rangstreitigkeiten und Goldschmidt, Nachwort S. 94 ff.) ist hier nicht Stellung zu nehmen. Vgl. Rosenberg, Zivil-

der einstweiligen Verfügung und ist jedenfalls von diesem Zeitpunkt an bis zur Löschung wirkungslos.

Dient die Löschung des Widerspruchs also nur zur Berichtigung, so kann sie keine rückwirkende Kraft haben. Die zu untersuchende Frage ist damit aber nur verschoben; sie taucht schon für den Zeitpunkt des aufhebenden Urteils auf. Die Aufhebung der einstweiligen Verfügung bewirkt, daß der Widerspruch trotz seiner Eintragung fortab keine Wirkungen mehr entfaltet. Vernichtet sie auch die Wirkungen, die der Widerspruch von seiner Eintragung an bereits entfaltet hat?

2. a) Nach Hellwig[113]) ist bei der Aufhebung gerichtlicher Entscheidungen zu unterscheiden: die Aufhebung einer Entscheidung als zu unrecht ergangen, als „von Anfang an ungerechtfertigt" (vgl. § 945 ZPO., auch § 32 FGG.) hat als Vernichtung (Kassation) grundsätzlich rückwirkende Kraft. Die Aufhebung der Entscheidung als nicht mehr gerechtfertigt wirkt nicht zurück. Aber auch die Rückwirkung der Aufhebung im ersten Falle erfährt sehr erhebliche Einschränkungen. Sie hat ihre Grenze an Rechten Dritter, die diese auf Grund der Vollziehung der Entscheidung bereits erworben haben.[114]) Diese Einschränkung ist unabhängig von dem guten Glauben des Erwerbers,[115]) der nur nach besonderen Vorschriften des bürgerlichen Rechts in einzelnen Fällen geschützt wäre. Die Einschränkung entspricht vielmehr einem öffentlichrechtlichen Prinzip, das im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor allem in § 32 FGG., auf dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit z. B. in § 836 II ZPO. zur gesetzlichen Anerkennung gelangt ist. Der Schutz Dritter ist danach stärker als nach den auf den subjektiven Tatbestand abgestellten Vorschriften des bürgerlichen Rechts.[116])

Will man diese Grundsätze[117]) auf den vorliegenden Fall anwenden, so ist zu prüfen, ob auf Grund des eingetragenen Widerspruchs ein Dritter Rechte erworben haben kann. Dies ist sicher nicht H_1, der Erwerber des Hypothekenrechts; denn dessen Rechtserwerb wird gerade umgekehrt durch den Widerspruch behindert und durch eine rückwirkende Aufhebung — gegebenenfalls — ermöglicht. Auch ein Rechtserwerb auf Grund des § 892 im Vertrauen auf das Bestehen des eingetragenen Widerspruchs kommt nicht in Frage.

---

prozeßrecht § 196 II b (S. 685 f.), der die Analogie des § 868 ganz allgemein ins Feld führt.

[113]) Hellwig, Grenzen der Rückwirkung, S. 19; System I, 559.

[114]) Hellwig, Grenzen S. 38 f.; System I, 561.

[115]) Hellwig, System I, 561 zu Anm. 16.

[116]) Hellwig, Grenzen S. 52.

[117]) deren Richtigkeit im allgemeinen hier nicht erörtert zu werden braucht; vgl. unten S. 38 zu Anm. 131 ff.

Der Widerspruch verhindert, wenn er begründet ist, den gutgläubigen Erwerb des gesicherten Rechts. Im übrigen dient die von Hellwig dargelegte Einschränkung der Rückwirkung gerade dazu, Rechte zu schützen, die nicht schon nach § 892 der Rückwirkung standhalten würden.

Rechte dieser Art aber sind die Rechte der nachstehenden Hypothekengläubiger. H_2 hat zwar nicht erst durch die Eintragung des Widerspruchs sein Recht erworben; er hat es immer gehabt. Aber die rückwirkende Vernichtung des Widerspruchs würde ihn seines Rechts — seiner Rangstellung — berauben, indem sie den inzwischen erfolgten gutgläubigen Erwerb des H_1 nach § 892 wirksam machen würde. Die Vollziehung der einstweiligen Verfügung hat also für H_2 zu einer Rechtserhaltung geführt, die dem Rechtserwerb gleichstehen muß. Die rückwirkende Kraft der Aufhebung müßte also an dem Recht des H_2 ihre Grenze finden.

Aber man könnte dem entgegenhalten, daß gerade im vorliegenden Falle das Recht des H_2 nicht schutzwürdig ist. Kommt dem H_2 auch nach der hier vertretenen Ansicht der Widerspruch des E zugute, so doch nicht aus eigenem Rechte, sondern nur nach Art einer Reflexwirkung aus dem Rechte des E. Zur Disposition über den Widerspruch ist E allein befugt, und wenn E seine Löschung bewilligt, so muß H_2 sich den Wegfall des Widerspruchs gefallen lassen. Im allgemeinen hat E nur die Möglichkeit, den Widerspruch für die Zukunft aufzuheben. Stellt sich aber einmal — wie gerade bei Aufhebung einer einstweiligen Verfügung — die Frage der Rückwirkung, so sollte man meinen, daß nicht gerade das Recht des H_2 einer solchen Lösung entgegensteht.

Eine rückwirkende Aufhebung der einstweiligen Verfügung ist aber m. E. überhaupt nicht anzunehmen. Der Ausschluß der Rückwirkung, den Hellwig als Ausnahme auffaßt, ist die Regel. Wie ein fehlerhafter Staatsakt grundsätzlich nicht von vornherein unwirksam, sondern höchstens anfechtbar ist,[118]) so führt auch die erfolgreiche Anfechtung, anders als im Privatrecht (§ 142 BGB.), nicht zur Vernichtung seiner bereits vollendeten Wirkungen, sondern nur zur Aufhebung des Staatsaktes mit Wirkung für die Zukunft. Dieser Grundsatz findet auch auf gerichtliche Entscheidungen Anwendung. Wie sie regelmäßig nicht nichtig, sondern nur anfechtbar sind, so führt die erfolgreiche Anfechtung nur zu einer Aufhebung mit Wirkung *ex nunc*. Gewiß kommen auch rückwirkende Aufhebungen vor. So hat die Aufhebung des Konkurseröffnungsbeschlusses auf sofortige

[118]) Jellinek, S. 268.

Beschwerde (§ 109 KO.) grundsätzlich rückwirkende Kraft,[119]) wenn auch mit starken Einschränkungen.[120]) Auch bei der Aufhebung von Gestaltungsurteilen wird eine grundsätzliche Rückwirkung anzuerkennen sein.[121]) Aber für die Aufhebung von Vollstreckungswirkungen ist kein Grund der Rückwirkung gegeben.[122])

b) Nicht nur der schutzbedürftigen Dritten wegen kommt Hellwig bei Aufhebung vollstreckbarer Entscheidungen zu einer Begrenzung der Rückwirkung. Er spricht von einer Rückwirkung *„inter partes"*,[123]) und das hat einen besonderen Grund. Die rückwirkende Kraft der Aufhebung des Vollstreckungstitels soll nämlich erklären, warum aus der inzwischen betriebenen Vollstreckung ein Schadensersatzanspruch entstehen kann (§§ 717 II, 945 ZPO.). Und so verweisen denn auch alle diejenigen, die der Aufhebung von Arrest und einstweiliger Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt rückwirkende Kraft zuschreiben, zur Begründung auf § 945 ZPO.[124])

Indessen ein Vollstreckungsbetrieb braucht nicht wirkungslos zu sein, um zum Schadensersatz zu verpflichten. Allerdings ist der Vollstreckungsbetrieb dem Gegner gegenüber widerrechtlich, wenn der Vollstreckungstitel ungerechtfertigt ist. Aber daß die Widerrechtlichkeit nicht mit der Unwirksamkeit des Vollstreckungstitels gleichbedeutend ist, zeigt sich deutlich darin,[125]) daß nach § 945 der Schadensersatzanspruch auch ohne Aufhebung der einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden kann.[126])

Nur in den Fällen der §§ 926 II und 942 III hängt der in § 945 gewährte Schadensersatzanspruch von der Aufhebung der einstweiligen Verfügung[127]) ab. Deshalb erkennt Goldschmidt hier ausnahmsweise eine Rückwirkung der Aufhebung an. Aber das muß richtig verstanden werden. Die Aufhebung bewirkt hier *ex tunc* nur die Widerrechtlichkeit,[128]) nicht auch die Unwirksamkeit der Vollstreckung. Deshalb geht z. B. eine Arresthypothek bei Aufhebung des Arrestbefehls auch in diesem Falle auf den Eigentümer des Grundstücks über (§§ 932 II, 868 I), während im Falle

---

[119]) Jaeger, S. 174.
[120]) Vgl. Hellwig, Grenzen S. 43 f.
[121]) Goldschmidt, Ungerechtfertigte Vollstreckung S. 66 Anm. 53 unten.
[122]) Goldschmidt, a. a. O.
[123]) Hellwig, Grenzen S. 38.
[124]) Vgl. Heinsheimer S. 420; OLGR. 26, 156 vgl. unten S. 39.
[125]) Goldschmidt, Ungerechtfertigte Vollstreckung, S. 3, 74.
[126]) RGZ. 65, 198, auch 67, 366 ff.; Stein-Jonas § 945 Erl. II.
[127]) Goldschmidt, Ungerechtfertigte Vollstreckung, S. 5 Anm. 25 (S. 23 Anm. 4), S. 66 Anm. 53 a. E., S. 74 Anm. 25.
[128]) So ausdrücklich Goldschmidt S. 5 Anm. 25.

des § 929 III, den Goldschmidt[129]) zum Vergleich heranzieht, die Arresthypothek völlig nichtig ist.[130]) Die Aufhebung des Arrestbefehls oder der einstweiligen Verfügung wirkt zurück, indem sie den Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers *ex tunc* rechtswidrig macht. Sie wirkt nicht derart zurück, daß sie die Vollstreckungsmaßnahmen *ex tunc* ihrer Wirkung beraubte.

c) Die rückwirkende Kraft der Aufhebung der einstweiligen Verfügung läßt sich aus § 945 nicht begründen. Aus allgemeinen Grundsätzen[131]) läßt sich sowohl das eine wie das andere Ergebnis ableiten, je nachdem man die Nichtrückwirkung als Regel[132]) oder als Ausnahme, als bloße „Grenzen der Rückwirkung"[133]) auffaßt. Um für die Entscheidung der zu untersuchenden Frage festen Boden zu gewinnen, gilt es, die Stellung des Gesetzes zu ermitteln.

Ob die Aufhebung eines Vollstreckungstitels *ex nunc* oder *ex tunc* wirkt, läßt sich selten so deutlich an den Rechtsfolgen ablesen wie in dem Falle des § 868 ZPO. Die Aufhebung des Titels hat hier die Entstehung einer Eigentümerhypothek zur Folge. Hat nun in der Zeit zwischen der Eintragung der Zwangshypothek und der Aufhebung des Vollstreckungstitels das Grundstückseigentum gewechselt, so fragt es sich, ob die Hypothek dem alten oder dem neuen Eigentümer zusteht. An der Antwort, die das Gesetz auf diese Frage gibt, läßt sich seine Stellungnahme zu der rückwirkenden Kraft der Titelaufhebung erkennen.

Das Gesetz unterscheidet nicht. Wird durch eine vollstreckbare Entscheidung die zu vollstreckende Entscheidung aufgehoben, „so erwirbt der Eigentümer des Grundstücks die Hypothek" (§ 868 Abs. 2). Der Zeitpunkt des Erwerbs ist hiernach die Erlassung der aufhebenden Entscheidung; Erwerber ist, wer in diesem Zeitpunkt Eigentümer des Grundstücks ist. Der Wortlaut des § 868, der dem § 1163 BGB. nachgebildet ist, stimmt überein mit dem § 1163 Abs. 1 Satz 2: „Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek." Die Aufhebung des Titels hat danach für die Zwangshypothek dieselbe Wirkung wie das Erlöschen der Forderung; sie wirkt ex nunc. Es kommt nicht darauf an, ob der Titel von Anfang an ungerechtfertigt war oder auf Grund später eingetretener Umstände aufgehoben worden ist. Der neue Eigentümer erwirbt die Hypothek.

---

[129]) S. 5 Anm. 25.
[130]) Stein-Jonas § 929 Erl. III.
[131]) S. oben S. 35 f.
[132]) Goldschmidt, Ungerecht. Voll. S. 66 Anm. 53, S. 74 zu Anm. 4, S. 80 zu Anm. 30.
[133]) Hellwig in seiner gleichnamigen Schrift.

So hat auch das Reichsgericht[134]) gegenüber einer abweichenden Auffassung des Kammergerichts[135]) entschieden. In beiden Entscheidungen handelt es sich um eine Arresthypothek, und es ist für die vorliegende Untersuchung interessant, wie das Kammergericht in diesem Zusammenhange schon dieselben Argumente für die rückwirkende Aufhebung der Arresthypothek gebraucht, die in dem hier behandelten Falle für die rückwirkende Aufhebung des Widerspruchs vorgebracht werden.[136]) Die Aufhebung des von Anfang an ungerechtfertigten Arrests, so legt das Kammergericht dar,[137]) wirke auf den Zeitpunkt der Anordnung zurück; dieser Satz werde in § 945 als richtig vorausgesetzt. Man müsse nach den §§ 868, 932 II unterscheiden, ob der Arrestbefehl wegen veränderter Umstände nach § 927 oder aber als ungerechtfertigt z. B. nach § 925 II aufgehoben worden sei.

Demgegenüber betont das Reichsgericht,[138]) daß § 868 den Uebergang der Hypothek lediglich an den Erlaß der aufhebenden Entscheidung anknüpft, nicht an den Zeitpunkt, in dem die Gründe für die Aufhebung eingetreten sind; und § 932 II erklärt den § 868 gleichmäßig für anwendbar, mag der Arrest wegen unrechtmäßiger Anordnung (§ 925 II) oder wegen unterlassener Klageerhebung (§ 926 II) oder wegen veränderter Umstände (§ 927) aufgehoben sein.

Diese Kontroverse, in der die herrschende Meinung[139]) dem Reichsgericht folgt, ist ebenso sehr wegen der Argumente wie wegen des Ergebnisses für die Entscheidung unseres Falles von Bedeutung. Der § 868 wird in § 932 zwar nur für die Arresthypothek unmittelbar für anwendbar erklärt; er findet aber nach § 936 auch für die Maßnahmen, die in Vollziehung einer einstweiligen Verfügung erfolgt sind, entsprechende Anwendung, soweit die verschiedenen Maßnahmen einem einheitlichen Rechtsgedanken zugänglich sind. Die nahe Verwandtschaft zwischen der auf Arrestbefehl eingetragenen Sicherungshypothek und dem auf einstweilige Verfügung eingetragenen Widerspruch ist schon oben[140]) eingehend dargelegt worden. Sie ist es, die die Anwendung des § 932 III auf die einstweilige Verfügung rechtfertigt.[141]) Sie ist es, die vor allem nach Analogie der §§ 868,

---

[134]) RGZ. 78, 398 ff.

[135]) KG. II ZS. OLGR. 26, 155 ff. Der I. ZS. hatte schon vorher in demselben Sinne entschieden wie später das RG.: KG. OLGR. 21, 23 ff.; zustimmend RG. JW. 1911, 277. Vgl. Stein-Jonas § 868 Erl. 1 b.

[136]) Von Heinsheimer S. 420 Nr. 6.

[137]) OLGR. 26, 156.

[138]) RGZ. 78, 402, 405 f.

[139]) Vgl. Stein-Jonas § 868 Erl. I 6 zu Nr. 7; Förster-Kann § 868 Erl. I b.

[140]) S. oben S. 34.

[141]) RGZ. 67, 159 ff., (165); 81, 289.

932 II dazu führt, in § 25 GBO. einen Fall der Grundbuchberichtigung zu sehen.[142]) Läßt man aber den Widerspruch in Analogie zu §§ 868, 932 II bereits im Zeitpunkte der Aufhebung der einstweiligen Verfügung erlöschen, so ist es nur folgerichtig, die Wirkungen dieses Erlöschens ebenso ex nunc eintreten zu lassen, wie den Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer in den §§ 868, 932 II.

Nicht nur das für die Arresthypothek gewonnene Ergebnis läßt sich auf den in Vollziehung einer einstweiligen Verfügung eingetragenen Widerspruch übertragen, sondern auch die Gründe beanspruchen allgemeinere Geltung. Mit Recht lehnt das Reichsgericht[143]) es als mit dem Gesetz (dort § 868) unvereinbar ab, die Aufhebung des Arrestes (der einstweiligen Verfügung) auf den Zeitpunkt zurückwirken zu lassen, in dem die Gründe seiner Aufhebung eingetreten sind. Ob die einstweilige Verfügung nach §§ 925, 926 oder 927 aufgehoben ist, kommt nur in den Urteilsgründen zum Ausdruck; auch im Justifikationsverfahren (§ 926) können veränderte Umstände, auch im Relaxationsverfahren (§ 927) kann mangelnde anfängliche Berechtigung als Aufhebungsgrund geltend gemacht werden; die Entscheidung ergeht auf Grund der Sachlage, wie sie sich am Schluß der letzten mündlichen Verhandlung darstellt. Es ist daher schon ein gewagter Schritt,[144]) wenn das Reichsgericht[145]) den das Urteil tragenden Aufhebungsgrund für die Klage aus § 945 präjudiziell sein läßt. Immerhin handelt es sich hier nur um das schuldrechtliche Verhältnis zwischen denselben Parteien, die an dem Aufhebungsverfahren beteiligt waren. Wollte man aber der Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen von Anfang an fehlender Berechtigung rückwirkende Kraft zuschreiben, so würde man einem Element der Urteilsbegründung dingliche Wirkung für und gegen jeden Dritten zukommen lassen.

Für das Verfahren zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung gilt die Verhandlungsmaxime. Durch Anerkenntnis und Verzicht, durch Versäumnisurteil oder Eidesverweigerung können Feststellungen erzielt werden, die mit der wahren Rechtslage nicht übereinstimmen. Die Aufhebung kann wegen fehlender anfänglicher Berechtigung erfolgen, obwohl die Gründe für eine Aufhebung erst später eingetreten sind, oder umgekehrt. Allerdings kann das aufhebende Urteil auch überhaupt zu Unrecht ergangen sein. Aber die Erlassung eines Urteils, mag es richtig oder unrichtig sein, ist ein im Rechtsleben be-

---

[142]) S. oben S. 34.
[143]) RGZ. 78, 405 f.
[144]) Dagegen Goldschmidt, ZivP. § 112 Nr. 4 (S. 423 a. E.).
[145]) RGZ. 38, 236 ff.; 59, 335 ff.

achtliches Ereignis, an das sich Wirkungen auch für Dritte anknüpfen können. Darum geht nach § 868 die Hypothek mit dem Erlaß der Entscheidung auf den Eigentümer über, darum erlischt nach § 25 GBO. der Widerspruch mit der Verkündung des Urteils; für eine derartige konstitutive Wirkung der Entscheidungsgründe aber ist im Gesetz kein Platz.

3. Mit dem Gegensatz von relativer und absoluter, von dinglicher und obligatorischer Wirkung hängt auch das Versagen des letzten Arguments zusammen, das Heinsheimer[146]) aus § 945 für die Rückwirkung gewinnt. Aus der Schadensersatzpflicht desjenigen, dessen einstweilige Verfügung als ungerechtfertigt aufgehoben worden ist, zieht Heinsheimer die Folgerung, daß er sich nicht auf den widerrechtlich eingetragenen Widerspruch berufen dürfe. Aber die Widerrechtlichkeit ist doch nur eine relative gegenüber dem unrichtig Eingetragenen, nicht gegenüber dem Erwerber. Nur H, nicht H_1 könnte im vorliegenden Falle Schadensersatz von E verlangen. Aus einem Schadensersatzanspruche des H gegen E kann aber H_1 keine Einrede herleiten, wenn er von E auf Zustimmung zur Löschung seiner Hypothek verklagt wird; noch weniger, wenn er von H_2 verklagt wird. Die dingliche Wirkung muß daher von der obligatorischen getrennt werden. Der ungerechtfertigt verfügte Widerspruch mag immerhin zu einem Schadensersatzanspruche des H führen.[147]) Die dingliche Wirkung des Widerspruchs aber — die Verhinderung eines gutgläubigen Erwerbs durch H_1 — bleibt trotz der Aufhebung der einstweiligen Verfügung erhalten.

---

[146]) S. 120 f.

[147]) Ein solcher Ersatzanspruch ist trotz des mangelnden dinglichen Rechts des Eingetragenen denkbar, z. B. wenn E dem H zur Einräumung der Hypothek verpflichtet war und H daher eine Einrede gegen den Berichtigungsanspruch hatte.

Schrifttum.

Biermann: Widerspruch und Vormerkung. Fischers Abhandlungen Bd. 8, Heft 2. Jena 1902.

Dernburg: Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. Das Bürgerliche Recht. III. Bd. 4. Aufl. Halle 1908.

Frey: Die Schranken der amtlichen Berichtigung des Grundbuchs nach § 54 GBO. ZBlFG. 2, 301 ff.

Fuchs, E.: Grundbuchrecht. Bd. I. Materielles Grundbuchrecht. Berlin 1902.

Goldmann-Lilienthal-Sternberg: Das Bürgerliche Gesetzbuch. II. Bd. Sachenrecht. Berlin 1912.

Goldschmidt, J.: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. Ein Beitrag zur Lehre von den Vollstreckungsgrundlagen. München 1910.

— Zivilprozeßrecht. 2. Aufl. Berlin 1932.

Güthe: Unrichtigkeit des Grundbuchs im Gebiete der Vormerkung. Gruch. 57, 1 ff. (92 ff.).

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen. 5. Aufl. Berlin 1929.

Hagelberg: Der öffentliche Glaube des Grundbuchs als aufwertungsrechtlicher Begriff. Festschrift für Heinitz. Berlin 1926. S. 146 ff.

Heck: Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.

Heinsheimer: Zwei Beiträge zur Lehre vom Widerspruch. Gruch. 69, 401—421.

Hellwig: Grenzen der Rückwirkung. Gießen 1907.

— System des Deutschen Zivilprozeßrechts. Erster Teil. Leipzig 1912.

Hellwig-Oertmann: System des deutschen Zivilprozeßrechts. Zweiter Teil. Leipzig 1919.

Jaeger: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1932.

Jaeckel-Güthe: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 6. Aufl. Berlin 1929.

Jellinek, W.: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Tübingen 1908.

— Verwaltungsrecht. 3. Aufl. Berlin 1931.

Komm. v. RGR.: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts erläutert von Reichsgerichtsräten. (Busch u. a.). 7. Aufl. 1929. III. Bd.: Sachenrecht.

Kretzschmar: Das Sachenrecht des BGB. Leipzig 1906.
Kuttner: Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. Fischers Abhandlungen. Bd. 16 Heft 2. München 1908.
— Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses. Fischers Abhandlungen Bd. 28 Heft 3. München 1914.
Mügel: Das gesamte Aufwertungsrecht. 5. Aufl. Berlin 1927.
Nadler: Grundbuch- und Aufwertungsfragen. 2. Aufl. Berlin 1926.
Neukirch: Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken. Halle 1926.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. I. 2. 4. Aufl. Berlin 1909.
Pagenstecher: Prozeßprobleme. Mannheim-Berlin-Leipzig 1930.
Pappenheim: Rangstreitigkeiten im Verteilungsverfahren nach der Zivilprozeßordnung. Prozeßrechtliche Abhandlungen. Bd. IV. Berlin 1931.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. III. Sachenrecht (Strecker). 5. Aufl. 1932.
Predari: Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897. 2. Aufl. 1913.
Quassowski: Kommentar zum Aufwertungsgesetz. 5. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1927.
Rosenberg: Sachenrecht. 1. Halbbd. München 1919.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. Berlin 1931.
Schilde: Die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach neuem deutschen Reichsrecht. Diss. Leipzig 1899.
Sekler: Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht. München 1904.
Stemmler: Die Rückwirkung der Löschung des Widerspruchs. Diss. Leipzig 1929.
von Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. III. Bd. Sachenrecht. 1. Teil (Kober). 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1926.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. II. Bd. 14. Aufl. Tübingen 1929.
— Grundfragen der Zwangsvollstreckung. Tübingen 1913.
Stern: Arrest und einstweilige Verfügungen. Berlin 1912.
von Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I. Bd. II. Bd. III. Leipzig 1910, 1914, 1918.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. Paderborn 1906.
Wolff, Martin: Das Sachenrecht (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts v. Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. III). 9. Bearbeitung. Marburg 1932.

Lebenslauf.

Ich, Ernst L e v i , bin geboren am 6. Mai 1910 in Weißenfels a. S. als Sohn des praktischen Arztes Dr. Hermann Levi und seiner Ehefrau Vally geb. Saling. Von 1919 bis 1928 besuchte ich das Reformrealgymnasium zu Weißenfels. Nach der Reifeprüfung studierte ich drei Semester lang Mathematik und Naturwissenschaften in Freiburg (2) und Göttingen (1). Zu Beginn des Wintersemesters 1929/30 wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft zu und absolvierte sechs Semester an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin. Am 11. Mai 1933 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung mit gutem Erfolge.

Allen meinen akademischen Lehrern und insbesondere Herrn Prof. Dr. Martin Wolff, der die Entstehung dieser Arbeit in hohem Maße gefördert hat, sage ich auch an dieser Stelle meinen herzlichen Dank.

Druck: Berthold Levy, Berlin C 2, Neue Friedrichstraße 48